

**Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP
Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Penal e
Processual Penal**

NAYARA COSTA PINTO

**Lei 9.455/1997- inconstitucionalidade do cumprimento da
pena em regime inicial fechado, obrigatório para os
condenados pelo crime de tortura**

BRASÍLIA - DF

2015

NAYARA COSTA PINTO

**Lei 9.455/1997- inconstitucionalidade do cumprimento da
pena em regime inicial fechado, obrigatório para os
condenados pelo crime de tortura**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Processual Penal, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Penal e processual Penal do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: (...)

BRASÍLIA

2015

NAYARA COSTA PINTO

Lei 9.455/1997- inconstitucionalidade do cumprimento da pena
em regime inicial fechado, obrigatório para os condenados pelo
crime de tortura

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Processual Penal, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Penal e processual Penal do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: (...)

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção ____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

Agradeço principalmente a Deus, que me deu força e sabedoria para conclusão desta pós-graduação. E aos meus pais que me proporcionaram a oportunidade de mais uma realização em minha vida.

RESUMO

O texto demonstra as características do crime de tortura, que está descrita na Lei 9.455/97 e principalmente a forma de execução penal. Argumenta-se em favor da inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados pelo crime de tortura, tendo como parâmetro a legislação de regencial e o entendimento jurisprudencial até então formado em torno da matéria. Demonstra a evolução jurisprudencial sobre a fixação do regime inicial nos crimes hediondos e equiparados, como é o caso do crime de Tortura.

Palavras-chave: Crime de Tortura – Execução Penal. Regime Fechado. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The text demonstrates the characteristics of the crime of torture , which is described in Law 9,455 / 97 and especially the form of criminal enforcement . It is argued in favor of the constitutionality of mandatory initial closed regime for those convicted for the crime of torture , having as parameter the regency of law and jurisprudential understanding hitherto formed around the issue. It demonstrates the evolving case law on the establishment of the initial regime in heinous and similar crimes , such as the torture of crime.

Keywords: Torture Crime - Criminal Enforcement . Closed system . Unconstitutional .

Sumário

INTRODUÇÃO	8
1-CRIME DE TORTURA.....	10
1.2-ANTECEDENTES DA LEI 9.455/97	13
1.2.1- Tortura e a Constituição Federal de 1988.....	14
1.2.2- Tortura e o Estatuto da Criança e do Adolescente	16
1.2.3- Tortura e a Lei de Crimes Hediondos	20
1.3- LEI 9.455/97	23
1.3.1 – Meio de execução da Tortura.....	24
1.3.2 – Motivos de execução da Tortura.....	26
1.3.3– Penas	27
1.3.4– Sujeito ativo e passivo do crime de tortura	28
1.3.5 – Princípio da extraterritorialidade	30
1.3.7 – Efeitos da condenação	31
2-EXECUÇÃO DA PENA E CASTIGO.....	33
2.1 PRINCÍPIOS DA EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL.....	34
2.2 FINALIDADES DA EXECUÇÃO PENAL.....	38
2.3 RELAÇÃO ENTRE A EXECUÇÃO E O DELITO PRATICADO.....	39
3. Condenação pelo Crime de Tortura e Regime Inicial de Cumprimento da Pena	41
3.2 - REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA EM CONDENAÇÕES PELA PRÁTICA DO DELITO DE TORTURA.....	44
3.3- DISCIPLINA LEGAL DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA ENCONTRADA NO CÓDIGO PENAL	45
3.4 (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA DISPOSIÇÃO ESPECÍFICA.....	47
3.5 - PRECEDENTES DO STF E DO STJ	51
CONCLUSÃO.....	56
REFERÊNCIAS.....	59

Introdução

O tema abordado nessa monografia corresponde ao crime de tortura, previsto na Lei nº 9.455/97, crime este que durante o tempo vem sendo punido cada vez com mais severidade. Para elaboração deste trabalho, contei com poucas doutrinas que esclarecem o Crime de Tortura e sua legislação específica, sendo o foco principal a execução penal do crime em questão, jurisprudências foram essenciais para solucionar a problemática do trabalho.

No primeiro momento, é demonstrada a origem do crime de tortura, a primeira forma de condenação desta prática e sua evolução perante a legislação brasileira. Aborda-se a forma pela qual a conduta é prevista pela Constituição Federal, Estatuto da Criança e do Adolescente e lei dos Crimes Hediondos.

Diante da precariedade das normas que definissem o crime de tortura, foi editada a Lei 9.455/97, que dispõe somente sobre o crime de tortura, estipulando as formas, penalidades, meios de execução, agentes passivos e ativos da conduta, entre outros requisitos que tipificam o delito *sub examine*.

No segundo momento, é destacada a execução penal de modo geral, definindo a sua natureza jurídica e os princípios constitucionais que norteiam a execução penal. Intenta-se esclarecer a relação entre a execução penal e o delito praticado.

O terceiro capítulo dispõe sobre o assunto central da monografia, discutindo a questão atinente à inconstitucionalidade da obrigatoriedade do cumprimento da pena privativa de liberdade, em se tratando de condenação pelo crime de tortura, em regime inicialmente fechado. Para tanto, procedeu-se ao exame dos princípios constitucionais da individualização da pena e humanização da pena. Outrossim, demonstrou de forma clara a evolução da jurisprudência dos tribunais superiores quanto a fixação do regime inicial nos crimes hediondos e equiparados, como é o caso do crime de Tortura.

Por fim, para que não houvesse mais dúvidas quanto ao regime inicial correto a aplicar ao condenado pelo crime de tortura, a Ministra Laurita Vaz, julga o Recurso Especial 1.299.787-PR, declarando como uma afronta à legalidade o artigo 1º, § 7º, da Lei de Tortura, usando como analogia entendimento do STF. Sendo assim, aplicou o regime inicial semiaberto ao condenado pelo crime de tortura. O que desmistifica e torna inconstitucional o artigo da Lei 9455/97, que determina ser obrigatório o regime inicial fechado para o crime de tortura.

1-Crime de tortura

A tortura para os antigos não era considerada como crime ou ato repugnante a sociedade era usada como forma de pena, de obter confissões e de maneira legal de provas, tal conduta era aceita pela sociedade e autoridades, não tendo punição alguma em relação ao ato, pois não se tratava de ato ilícito ou criminoso.¹

Os Hebreus não adotavam a tortura, pois não aceitavam que inocentes fossem castigados injustamente. Acreditavam que caso torturassem um inocente, a ira divina recairia sobre o torturador, podendo ser castigado somente os culpados.

Os Persas e cartagineses empregavam a tortura como meio de aumentar o sofrimento dos condenados à morte, sendo uma pena a mais para o culpado, descartavam o emprego da tortura como meio de obter confissões.

Os Gregos e Romanos tinham como semelhança a prática de tortura somente em escravos, estrangeiros e metecos, os homens livres não podiam ser torturados.²

Michel Foucault define a tortura como sendo a dominação do corpo com o intuito de produzir uma quantidade de sofrimento. Destaca ainda que o uso da tortura como forma de punição, sendo o “corpo dos condenados” forma de se demonstrar o poder ilimitado dos soberanos sobre seus súditos.³

Cesare Beccaria foi um dos autores que mais se expressou sobre a tortura, dedicando o Capítulo XII de sua obra “*Dos Delitos e das Penas*” para expressar tamanha indignação com tal conduta.

1 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **A definição do crime de tortura no ordenamento jurídico penal brasileiro.** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1789, 25 maio 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11304>>. Acesso em: 13 abr. 2011.

2 JURICIC, Paulo. **Crime de Tortura.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 7-8.

3 Michel FOUCAULT, **Vigiar e Punir**, Petrópolis, RJ: Vozes, p. 11-61.

Uma crueldade consagrada pelo uso na parte maior das nações é a tortura do réu durante a formação do processo, ou para obrigá-lo a confessar um crime, ou pelas contradições em que houver incorrido, quer para apontar os cúmplices, quer por não sei qual metafísica e incompreensível purgação da infâmia, quer finalmente por crimes de que seria culpado, mas que não está sendo acusado.⁴

Pietro Verri em sua obra “Observações sobre a Tortura” demonstra sua repugnância com o sistema governamental, que emprega sua soberania com crueldade, ficando explícito a falta de humanidade com seus governados.

Não cabe duvidar de que na época dos supostas unções pestilenciais (o julgamento, citado) a tortura era verdadeiramente atroz. Pode se dizer que os tempos mudaram e que aquilo foi um excesso provocado por males públicos, eu não serve de exemplo. Sem embargo, creio que hoje a prática criminal está orientada pelos mesmo livros que se costumavam em 1.630 e, apoiado neles, me parece fácil reconhecer que, na verdade, a tortura é o suplício infernal.⁵

Somente no século XVIII com a Revolução Iluminista, que se inspirou nos direitos humanos, com a Declaração dos Direitos do Homem da Virgínia, de 1776, a pratica da tortura foi submetida a críticas, sendo considerada como forma cruel e desrespeitadora dos humanos, sendo irracional a forma em que eram executadas as penas e a forma de obtenção de provas.⁶

Destacou-se a preocupação com o crime de tortura em 1975, com a Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra Tortura e outros Tratamentos ou penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, que obteve aprovação pela Assembléia Geral da ONU. Dada a convenção em 1984, os países deveriam ratificar para que houvesse um controle praticado pelos organismos internacionais de controle de tais crimes contra o ser humano.⁷

Segundo a Convenção da ONU sobre tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, de 10.12.84, em seu artigo 1º, conceitua tortura como sendo:

⁴ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2006, p 56.

⁵ VERRI, Pietro. **Observações sobre a Tortura**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 23.

⁶ TEIXEIRA, Flávia Camello. **Da Tortura**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.79.

⁷ TRINDADE, A. A. Cançado, **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**, vol. III, Porto Alegre: S.A. Fabris Ed., 2003, p. 77.

Qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido, ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, por sua instigação, ou com seu consentimento ou aquiescência.⁸

No Brasil, a história foi marcada pela tortura na época da Ditadura Militar, que perdurou de 1964 a 1985, momento este em que os militares tomaram o poder do país, por meio de um Golpe Militar, em desacordo com a população brasileiro, tornando-se banal a tortura por parte dos militares com cidadãos que tinham a intenção de reprimir ou de alguma forma se opor ao regime em questão.⁹ Com os militares no poder, o Brasil passou por sérias modificações, do qual originou um novo modelo econômico, uma nova estrutura jurídica e sofreu com a forte pressão dos militantes para modificar o sistema de relação entre o Legislativo, Executivo e Judiciário.

A tortura foi e é uma crime muito recorrente nos países da América Latina, principalmente aqueles que sofreram com a ditadura:

Não só o Brasil, mas os países latino-americanos em sua maioria sofreram com a ditadura militar, ou governantes que se utilizavam de torturas e sofrimentos, de pessoas de organizações contrárias, e revolucionárias, para obter um controle social e hegemônico de seu interesse. A resposta da América se deu em 1985, com a Convenção Interamericana para Prevenir a Punir a Tortura. No caso do Brasil, a tortura foi tipificada como crime pela lei n. 9.455, de 07 de abril de 1997. Pelo seu artigo 1º, 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 criminoso e c) em razão de discriminação racial ou religiosa”. Constitui também crime de tortura “submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo”. “Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida segurança a sofrimento físico ou mental

⁸ JURICIC, Paulo. **Crime de Tortura**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 59.

⁹ COIMBRA, Cecília Maria B. **Tortura no Brasil como herança cultural dos períodos autoritários**. Revista CEJ. Brasília: CEJ, n. 14, mai/ago 2001, p. 7.

por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal” (§1º). Também responde pelo crime de tortura “aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las (...)” (§2º). Diferentemente do que prevê a Convenção contra a Tortura, a lei n. 9.455/97 não vinculou o crime de tortura exclusivamente ao ato praticado por agente público.¹⁰

Mesmo depois de encerrada a Ditadura Militar, a tortura continua sendo praticada em nosso país, não sendo mais os agentes políticos os perseguidos. As vítimas atualmente são pessoas suspeitas de terem cometido crimes, na maioria das vezes para obter confissão, sendo a população carcerária o maior alvo de tortura ainda existente.

O Relator Especial sente-se compelido a observar a intolerável agressão aos sentidos encontrada na maioria dos locais de detenção, principalmente nas carceragens policiais visitadas. O problema não foi atenuado pelo fato de as autoridades muitas vezes estarem cientes e o haverem advertido das condições que descobriria. O Relator Especial só pôde concordar com a afirmação comum que ouviu daqueles que se encontravam amontoados do lado de dentro das grades: “eles nos tratam como animais e esperam que nos comportemos como seres humanos quando sairmos.”¹¹

1.2-Antecedentes da Lei 9.455/97

A Constituição Política do Império do Brasil, de 24 de março de 1824, reservou em seu Título 8º (Das Disposições Gerais e Garantias dos Direitos Cívicos e Políticos dos cidadãos brasileiros) condenando a tortura e penas cruéis (art. 179, XIX), permanecendo posteriormente nas constituições.¹²

Em nosso ordenamento jurídico a tortura era vista somente como agravante de pena.

Primeira demonstração de agravamento de pena com indícios de tortura se deu no Código Penal de 1890, art. 41, §2º. Já na Constituição de 1937, art.

¹⁰ ANISTIA INTERNACIONAL. **Tortura e maus tratos no Brasil**. Brasil: Nova Prova, 2001, p.10.

¹¹ **Relatório da ONU sobre tortura no Brasil**, 2001, parágrafo 17. Disponível em:<http://www.mndh.gov.br>. Acesso em 13.abr.2011.

¹² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**.36ªed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 69.

122, § 13, alínea f, condenava a pena de morte quem cometesse homicídio por motivo fútil e com extremos de perversidade.

Até o Código Penal de 1940, não continha a palavra tortura nos textos de suas leis, ficando expresso em seu art. 44, que tratava das agravantes de pena. A Lei n. 7.209/84 que alterou a parte geral do Código Penal, manteve a tortura como agravante genérica, no art. 61, II, d.¹³

A parte especial do Código Penal, ainda vigente, qualifica o crime de homicídio, em seu art.121, §2º, III, caso tenha sido cometido com indícios de tortura.

Destacam-se as palavras de Nelson Hungria:

Como último exemplo de agravante qualificativa referida ao meio empregado é a tortura, isto é, o meio suplicante, a inflição de tormentos, a judiaria, a exasperação do sofrimento da vítima por atos de inútil crueldade.

[...]

Meio cruel é todo aquele que produz um padecimento físico inútil ou mais grave do que o necessário e suficiente para a consumação do homicídio. É o meio bárbaro, martirizante, denotando, da parte do agente, a ausência de elementar sentimento de piedade.¹⁴

O Código Penal Militar (Decreto-lei n. 1.001, de 21 de novembro de 1969), assim como Código Penal Brasileiro, considera a tortura como agravante genérica, art.70, II, e, b e qualificadora em caso de homicídio como dispões o art. 205, §2º, III.¹⁵

1.2.1- Tortura e a Constituição Federal de 1988

Sendo o Brasil participante da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 23 de setembro de 1985, e da Convenção Interamericana para Prevenir e punir a

¹³ BORGES, José Ribeiro. **Tortura**. 1ª ed. Campinas - SP: Romana Jurídica, 2004, p. 145.

¹⁴ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, vol. IX. Rio de Janeiro: Forense. 1958. p.144.

¹⁵ TEIXEIRA, Flávia Camello. **Da Tortura**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.81.

Tortura, de 24 de janeiro de 1986, tinha a obrigação de levar ao seu ordenamento jurídico as propostas impostas por tais convenções.

Se para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar às suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais neles garantidos, consoante os arts. 5o (2) e 5o (1) da Constituição brasileira passam a integrar os direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.¹⁶

Com a promulgação da Constituição em 05 de outubro de 1988, foi instituída na legislação brasileira os primeiros dispositivos que definiam a tortura como crime, disposto no Título II, Capítulo I, Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, em seu art. 5º, III e XLIII¹⁷, *in verbis*:

III - ninguém será submetido a 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;¹⁸

A Constituição 1988 foi um grande marco pra o regime democrático, dando maior importância à dignidade da pessoa humana.¹⁹

Tendo em vista o art. 60, §4º da Constituição Federal que dispõe sobre a vedação de propostas de emendas que possam abolir os direitos e garantias individuais, são dadas a elas tratamento de cláusulas pétreas, sendo

¹⁶ Apud FRANCO, Alberto Silva. **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 583.

¹⁷ SILVA, José Geraldo da. **A lei de tortura interpretada**, Campinas: Bookseller, 1999.

¹⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

¹⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional** São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 47 – 58.

impossível sua alteração. Em seu art. 5º, §2º, a Carta Magna, assegura aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais democráticos e individuais.²⁰

Com a força da EC n. 45/2004, que acrescentou o §3º ao art. 5º da Carta Magna, “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Seguido tais pressupostos, o tratado terá índole constitucional, podendo revogar norma constitucional anterior, desde que em benefício dos direitos humanos, diante do que dispõe o art. 60, §4º, IV, da Constituição Federal (as normas que tratam de direitos individuais não podem ser suprimidas, nem reduzidas nem mesmo por emenda constitucional, tornando-se cláusula pétrea). Em se tratando dos tratados anteriores de direitos humanos já ratificados, por não terem sido submetidos a esse quorum especial de votação, continuam valendo como lei ordinária e inferior, sem a possibilidade de alterar a Constituição Federal. Qualquer tratado internacional sem o preenchimento dos requisitos exigidos pela EC n. 45/2004 não pode sobrepor-se sobre norma constitucional expressa, sendo somente lei ordinária.

21

1.2.2- Tortura e o Estatuto da Criança e do Adolescente

O Estatuto da Criança e do Adolescente foi a primeira Lei Infraconstitucional responsável pela tipificação da tortura, como dispõe o art. 233 do Estatuto:

Art. 233: Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a tortura: pena reclusão de dois a cinco anos.

§ 1º - se resultar lesão corporal grave: pena de 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.²²

²⁰ ROZA, Adriana de Andrade, **Tortura: súmula 698 do STF**. Recife: Nossa Livraria, 2004, p.53-55.

²¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Legislação Penal Especial**. Editora Saraiva. São Paulo, 2010.

²² BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o estatuto da Criança e do adolescente e dá outras providências**. Diário oficial da república federativa do brasil. Brasília, 13 jul. 1990.

Trouxe o legislador em sua legislação tanto a figura da tortura no tipo fundamental, como na forma qualificada, de onde incorre penas mais graves que condizem com a gravidade da infração.²³

O Brasil, ao tipificar o crime de tortura contra crianças ou adolescentes, revelou-se fiel aos compromissos que assumiu na ordem internacional, especialmente àqueles decorrentes da Convenção de Nova York sobre os Direitos da Criança (1990), da Convenção contra a Tortura adotada pela Assembléia Geral da ONU (1984), da Convenção Interamericana contra a Tortura concluída em Cartagena (1985) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (pacto de São José da Costa Rica), formulada no âmbito da OEA (1969). Mais do que isso, o legislador brasileiro, ao conferir expressão típica a essa modalidade de infração delituosa, deu aplicação efetiva ao texto da Constituição Federal que impõem ao Poder Público a obrigação de proteger os menores contra toda a forma de violência, crueldade e opressão. (STF, HC nº 70.389-5, São Paulo, 1994, p. 257).

Não obstante a criação do art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, esse tipo penal só compreenderiam as pessoas de faixa etária de até 18 anos, ou seja, não havendo previsão legal para a tortura contra maiores de 18 anos.

Tal dispositivo não podia ser visto como parâmetro para definição de crime de tortura, não sendo possível aferir quais as ações e omissões que tipificam o crime, considerado um termo vago e sem definições precisas, lesando o princípio da legalidade. Vale ressaltar que:

precisamente pela natureza multifacetária da tortura, imperioso se mostra que seus contornos venham límpidos, claros, inequívocos, transparentes, cerrados, enfim, *numerus clausus*, para evitar a utilização da analogia incriminadora, vedada solenemente pelo Direito Penal.²⁴

Vários doutrinadores e o Supremo Tribunal Federal, discutiam sobre a legalidade do art. 233 do ECA, ficando clara a existência da tipificação e

²³ BORGES, José Ribeiro. **Tortura**. 1ª ed. Campinas - SP: Romana Jurídica, 2004, p. 141.

²⁴ FRANCO, Alberto Silva. **Comentários à lei dos crimes hediondos**. São Paulo: RT, 1994, p. 51.

constitucionalidade da tortura em nosso ordenamento jurídico²⁵, como demonstra julgado do STF, Relator Ministro Celso de Mello:

Tortura contra criança ou adolescente. Existência jurídica desse crime no Direito Penal positivo brasileiro - O crime de tortura, desde que praticado contra criança ou adolescente, constitui entidade delituosa autônoma cuja previsão típica encontra fundamento jurídico no artigo 233 da Lei n. 8.069/90. Trata-se de preceito normativo que encerra tipo penal aberto suscetível de integração pelo magistrado, eis que o delito de tortura (por comportar formas múltiplas de execução) caracteriza-se pela infligência de tormentos e suplícios que exasperam, na dimensão física, moral ou psíquica em que se projetam os seus efeitos, o sofrimento da vítima por atos de desnecessária, abusiva e inaceitável crueldade. A norma inscrita no artigo 233 da Lei n. 8.069/90, ao definir o crime de tortura contra a criança e o adolescente, ajusta-se, com extrema fidelidade, ao princípio constitucional da tipicidade dos delitos (CF, art. 5º, XXXIX). A simples referência normativa à tortura, constante da descrição típica consubstanciada no artigo 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, exterioriza um universo conceitual impregnado de noções com que o senso comum e o sentimento de decência das pessoas identificam as condutas aviltantes que traduzem, na concreção de sua prática, o gesto ominoso de ofensa à dignidade da pessoa humana. A tortura constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete (enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva) um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo. O Brasil, ao tipificar o crime de tortura contra crianças ou adolescentes, revelou-se fiel aos compromissos que assumiu na ordem internacional, especialmente àqueles decorrentes da Convenção de Nova York sobre os Direitos da Criança (1990), da Convenção contra a Tortura adotada pela Assembléia Geral da ONU (1984), da Convenção Interamericana contra a Tortura, concluída em Cartagena (1985) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), formulada no âmbito da OEA (1969). Mais do que isso, o legislador brasileiro, ao conferir expressão típica a essa modalidade de infração delituosa, deu aplicação efetiva ao texto da Constituição Federal que impõe ao Poder Público a obrigação de proteger os menores contra toda a forma de violência, crueldade e opressão (art. 227, caput, in fine). O policial militar que, a pretexto de exercer atividade de repressão criminal em nome do Estado, inflige, mediante desempenho funcional abusivo, danos físicos a menor eventualmente sujeito ao seu poder de coerção, valendo-se desse meio executivo para intimidá-lo e coagi-lo à confissão de determinado delito, pratica, inequivocamente, o crime de tortura, tal como tipificado pelo artigo 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, expondo-se, em função desse comportamento arbitrário, a todas as consequências jurídicas que decorrem da Lei n. 8.072/90 (art. 2º), editada com fundamento no artigo 5º, XLIII, da Constituição. O crime de tortura contra criança ou

²⁵ SKNICK, Valdir. **Tortura**. São Paulo: Leud, 1998, p.99.

adolescente, cuja prática absorve o delito de lesões corporais leves, submete-se à competência da Justiça comum do Estado-membro, eis que esse ilícito penal, por não guardar correspondência típica com qualquer dos comportamentos previstos pelo Código Penal Militar, refoge à esfera de atribuições da Justiça Militar estadual. (STF – Pleno – HC n. 70.389-5-São Paulo – 23.7.1994 – v.u. – rel. p/ o acórdão Min. Celso de Mello)

Com a criação da Lei 9.455/97, que dispõe sobre o crime de Tortura, revogou-se o art. 233 do ECA: “Art. 4º Revoga-se o art. 233 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.”

Francisco de Assis Toledo, demonstra com clareza em seu esquema o confronto existente entre o art. 233 do ECA com os §§ 3º e 4º do art. 1º da Lei de Tortura e com o art. 121, §2º, II, do Código Penal:

- a) para a tortura simples (sem lesão ou morte), o Estatuto da Criança previa pena de 1 a 5 anos (art. 233, caput); já a lei de tortura estabelece pena substancialmente maior, isto é, de 2 a 8 anos, mais a causa de aumento do §4º, II, se o crime é cometido contra criança ou adolescente;
- b) para a tortura qualificada com resultado lesão grave, o Estatuto da Criança previa pena de 2 a 8 anos (§1º do art. 233); já a lei de tortura estabelece pena substancialmente maior, 4 a 10 anos, mais a causa de aumento do §4º, II, se o crime é cometido contra criança e adolescente;
- c) para a tortura qualificada com resultado lesão gravíssima, o Estatuto da Criança e do Adolescente previa pena de 4 a 12 anos (§2º do art. 233); já a lei de tortura estabelece pena de 4 a 10 anos, que acrescida da causa de aumento do §4º, II, se o crime é cometido contra criança e adolescente, chega ao montante máximo de 13 anos e 4 meses, portanto, também aqui, superior a pena prevista no Estatuto da Criança.
- d) Para o homicídio doloso mediante tortura, não previsto no Estatuto da Criança nem na lei de tortura, o Código Penal prevê a pena, como já se viu, de 12 a 30 anos, atingindo o limite máximo da legislação penal brasileira;
- e) E por último, para o crime de tortura, qualificado com o resultado morte, equiparado equivocadamente pelo Estatuto da Criança ao homicídio doloso qualificado, referido Estatuto previa a pena de 15 a 30 anos de reclusão; já a lei de tortura (§§3º e 4º, II), corretamente, reduzia essa pena para 8 a 16 anos que será aumentado para 21 anos e 4 meses, se o crime é cometido contra criança ou adolescente.²⁶

²⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal** - 5º Edição - Ano 1994, p.12-13.

1.2.3- Tortura e a Lei de Crimes Hediondos

A Lei dos Crimes Hediondos – Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, nasceu no governo do Presidente Collor, em obediência ao art. 5º, XLIII da Constituição Federal e do clamor público, devido grande índice de crimes violentos, em especial, a “indústria do sequestro”, que aterrorizavam principalmente os estados do Rio de Janeiro e São Paulo.²⁷

Consta que esta Lei foi à segunda infraconstitucional a tipificar a tortura, definiu como sendo um crime insuscetível de anistia, graça e indulto e de fiança e liberdade provisória; e estabelece, ainda, o cumprimento da pena em regime integral fechado.

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I - anistia, graça e indulto;

II - fiança. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

§ 3º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

§ 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei no 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. (Incluído pela Lei nº 11.464, de 2007)

A Lei em questão não trouxe nenhum tipo novo ao nosso ordenamento jurídico penal, somente instituiu o aumento das penas impostas a alguns crimes já previstos em nosso Código Penal.

A prática do crime de tortura não ficou tipificada na lei em questão, restando somente a equiparação dos crimes de tortura, tráfico ilícitos de entorpecentes e drogas afins, sendo somente um espécie de crime hediondo.

²⁷ LÚCIO, Carlos Vicente. **Crimes Hediondos**. São Paulo: Edipro, 1999 p. 31.

Júlio Fabbrini Mirabete critica a não previsão da tortura na Lei de Crimes Hediondos: “Perdeu-se a oportunidade, ao se elaborar a lei dos crimes hediondos, para se definir o crime de tortura ou para estabelecer o limite da tortura.”²⁸

Em obediência a Constituição Federal (art. 5º, XLIII), o legislador não autorizou conceder a graça e nem a anistia, além dessas causas extintivas de punibilidade prevista na Constituição, a Lei visa ainda a não concessão do indulto, para os crimes caracterizados como hediondos. A constituição em seu art. 84, III, dispõe que confere ao Presidente da República a competência de conceder o indulto, sem estipular concessão alguma ao seu exercício, sendo esta uma das questões discutida pelos penalistas.

A vedação da progressão de regime foi um dos pontos de maior crítica por parte dos doutrinadores. Mesmo o Supremo Tribunal Federal ter declarado a constitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei de Crimes Hediondos, há vários precedentes jurisprudenciais e a doutrina por unanimidade, declara o dispositivo como uma afronta ao princípio da legalidade, da humanidade e da individualização da pena.²⁹

Outra afronta a constitucionalidade está expressa no art. 2º, II, onde proibi a liberdade provisória ao agente ativo do crime de tortura, estando previsto na Constituição somente a vedação a fiança, desrespeitando o princípio constitucional de presunção da inocência.³⁰

Com a edição da Lei 9.455/97, que dispões sobre o crime de tortura, tanto a doutrina como precedentes jurisprudenciais declaram a revogação do art. 2º da Lei de Crimes Hediondos, em relação a prática de tortura na ótica processual penal, pois regula de maneira adversa, aonde permite o acusado responder em liberdade o processo condenatório, bem como o cumprimento da pena em regime inicial fechado sendo possível a progressão de regime para os condenados pelo crime de tortura.

²⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 19. ed. rev. e atual São Paulo: Atlas, 2003-2004.

²⁹ TEIXEIRA, Flávia Camello. **Da Tortura**. Belo Horizonte. Del Rey, 2004, p.87.

³⁰ SILVA, José Geraldo da. **A Lei da Tortura Interpretada**. São Paulo: Bookseller, 1999, p. 51-52.

Dispõe o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça o seguinte entendimento sobre a progressão de regime nos crimes de tortura e hediondos:

Súmula 698 do STF – Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura.

RESP.- CONSTITUCIONAL- PENAL- EXECUÇÃO DA PENA- CRIMES HEDIONDOS (LEI Nº 8.077/90)- TORTURA (LEI Nº 9.455/97) – EXECUÇÃO REGIME FECHADO- a Constituição da República (art. 5º , XLIII) fixou regime comum, considerando-os 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. A Lei nº 8.072/90 conferiu-lhes a disciplina jurídica, dispondo: “ a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente fechado” (art. 2º , § 1º). A lei nº 9.455/97 quanto ao crime de tortura registra no art. 1º - 7º: “ O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º , iniciará o cumprimento da pena em regime fechado. A Lei nº 9.455/97, quanto à execução da pena, é mais favorável do que a Lei nº 8.072/90. Afetou, portanto, no particular, a disciplina unitária determinada pela Carta Política. Aplica-se incondicionalmente . assim, modificada, no particular a Lei dos Crimes Hediondos. Permitida, portanto, quanto a esses delitos, a progressão de regimes. “(STJ- 6ª Turma- RESP. nº 140.617-GO (97/0049790-9)- REL.: Min. Luiz Vicente Cernichiaro- j. 12.9.97).

HABEAS CORPUS- CRIME HEDIONDO- PENA- REGIME DECUMPRIMENTO- PROGRESSÃO PERMITIDA- TRÂNSITO EM JULGADO. Em relação aos crimes hediondos, por força de disposição legal, a pena deve ser cumprida necessariamente em regime fechado. Mas a sentença de primeiro grau, com trânsito em julgado. Assegurou a progressividade do regime da pena, não pode alterar essa situação de ofício, em prejuízo ao réu. (HC nº 73.864- STJ- 6ª turma-Relator Ministro Ilmar Galvão- DJU 6/9/96).

Com a edição da Lei 11.464 em 2007, passou a ser legalmente admitida à progressão do regime prisional para os condenados por crimes hediondos e equiparados e que o regime inicial seja sempre o fechado, tal lei modificou o §, do art. 2º, II, §1º, §2º, §3º e 4º da Lei 8.072/90, estabelecendo condições para que seja possível a progressão do regime e exclui o cumprimento da pena no regime integralmente fechado.

1.3- Lei 9.455/97

A Lei 9.455/97 teve sua origem no Poder Executivo com o Projeto de Lei n. 4.716, de 1994, com a seguinte exposição de motivos:

Fornecer à Justiça instrumento legal de incriminação, mediante acompanhamento processual especial e transparente, de modo a reprimir prática tão repugnante, que, pela inexistência de lei tipificadora, graçou foros de absoluta impunidade no nosso meio social.

O Supremo Tribunal Federal em discussão doutrinária no pleno chegaram a seguintes indagações e dúvidas sobre a Lei de tortura, como fica claro no HC nº 70.389-5.

De autoria do Deputado Vivaldo Barbosa, o Projeto de Lei nº 1.035, de 1991, dispõe sobre a criminalização, punição e prevenção da prática e do emprego da tortura. E diz, no art. 2º: Considera-se tortura, nos termos da presente lei, a submissão do ser humano a procedimento destinado a causar na vítima, grave sofrimento físico ou mental. (STF, HC nº 70.389-5, São Paulo, 1994, p. 205)

O projeto de lei nº 2.464, de 1991, do Deputado Hélio Bicudo, institui o crime de tortura e adota outras providências. Seu art. 17 dá nova redação ao artigo 12 do Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940: Art. 129. Submeter alguém, depois de lhe haver reduzido, por qualquer meio, a capacidade de resistência, a maus tratos, com o fim de causar-lhe sofrimento físico e moral. (STF, HC nº 70.389-5, São Paulo, 1994, p. 205)

O projeto de Lei nº 4.783, de 1990 (do Poder Executivo) (Mensagem nº 145, de 1990), na Câmara dos Deputados, introduz, no Código Penal, Título relativo aos crimes contra o Estado Democrático e a Humanidade, revoga a Lei de Segurança Nacional e dá outras providências. E, no art. 374, assim define o crime de tortura: Torturar alguém, causando-lhe sofrimento físico, psíquico ou moral, com o propósito de castigo, vingança ou obtenção de confissão ou informação. (STF, HC nº 70.389-5, São Paulo, 1994, p. 206)

O projeto de Lei do Senado Federal, nº 28, de 1987, de autoria do Senador Jamil Haddad, antes mesmo da Constituição de 1988, já procurava definir o crime de tortura, dizendo no art. 1º: Fica acrescentado à Parte Especial do Código Penal, no Título dos crimes contra a pessoa e no Capítulo dos crimes contra a liberdade individual, um artigo com a seguinte redação: Art. (...) Torturar alguém, causando-lhe sofrimento físico, psíquico ou moral, com o propósito de castigo, vingança ou de obtenção de confissão ou informação. (STF, HC nº 70.389-5, São Paulo, 1994, p. 206)

E o projeto de Lei nº 2.423, de 1989, do Senador Nelson Carneiro, dispõe os crimes de tortura, terrorismo, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, dando outras providências, e dispendo, no art. 1º: Constitui crime torturar alguém, causando-lhe sofrimento físico, psíquico e moral, com o propósito de castigo, vingança ou obtenção de confissão ou informação. (STF, HC nº 70.389-5, São Paulo, 1994, p. 206)

Como se vê, os vários Projetos de Lei, agora referidos, procuram definir o crime de tortura, contra qualquer vítima, (...) buscam descrever a conduta a ser considerada delituosa, não se limitando a dizer, apenas: “torturar alguém”, ou submeter alguém a tortura”, sem precisar o comportamento do agente e sem definir em que esta consiste. (STF, HC nº 70.389-5, São Paulo, 1994, p. 206)

A Lei 9.455/97 possui três verbos, os núcleos penais, que são constringer (inc. I do art. 1º), submeter (inc. II do art. 1º) e omitir (§2º do art. 1º).³¹

Os três verbos possuem um denominador comum que é a prática dolosa, é praticado pelo agente com a intenção de cometimento da tortura. O verbo constringer e submeter são de natureza comissiva, já o verbo omitir de natureza omissiva.

Conforme De Plácido e Silva, o verbo constringer provem do latim constringere (apertar, prender, ligar) e o verbo submeter é oriundo do latim submittere (sujeitar, subjulgar).³²

A natureza jurídica- legal do crime de tortura trata-se de um delito comissivo, em regra, a exceção é quando o delito é praticado por omissão, caracterizando- se como tortura imprópria. Vale ressaltar que o crime de tortura só é admitido na modalidade dolosa, não há punição, por exemplo, em caso de negligência.³³

1.3.1 – Meio de execução da Tortura

Existem vários meios pra execução da tortura, uma dela é a violência, que é vista como uma espécie de coação ou uma forma de constringer a

³¹BRASIL. **Lei 9.455/97, de 07.04.1997.** Dispõe sobre o Crime de Tortura. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9455.htm>> Acesso em: 05.06.2011.

³² DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico.** Volume 1, 10ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1987, p209 e 774.

³³ TEIXEIRA, Flávia Camello. **Da Tortura.** Belo Horizonte. Del Rey, 2004.

vítima e sufocar a capacidade de resistência, afim de que a mesma venha a executar determinados atos ou dele se omitir.

Violência. Constrangimento, físico ou ficto, exercido sobre a vontade de alguém para obrigá-lo a submeter-se à vontade de outrem. Qualquer força material, ou moral empregada contra a vontade, ou liberdade, ou resistência de pessoa ou coisa. O mesmo que coação.³⁴

A grave ameaça esta figurada juntamente com a violência, grande parte da doutrina define ameaça como uma violência moral, que consiste numa constrição da liberdade do interior humano, sendo a ameaça um meio e intimidação, que pode ser praticada tanto na ausência quanto na presença da vítima.

Ameaça é a violência moral, a intimidação, a manifestação (por palavra, escrito, gestos, meios simbólicos) do propósito de causar a alguém, direta ou indiretamente, no momento atual ou no futuro, um mal relevante.³⁵

Outro meio de execução do crime de tortura está previsto na Lei 9.455/97, no §1º do art. 1º, que expõe que não poderá ser submetida a tortura pessoas presas ou que estejam sujeitas a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou resultante de medida legal. Neste ponto o legislador procurou respeitar o direito dos presos, diante do cenário do sistema carcerário brasileiro, aonde sabemos que execuções em excesso são frequentes sendo inevitável a tortura.³⁶

Quanto ao preso já custodiado, caracteriza tortura mental ou psicológica colocá-lo em cela escura, ainda que tenha ele praticado falta disciplinar, vez que tal medida está, expressamente, vedada pelo art. 45, §2º, da Lei de Execução Penal; ou aumentar o seu isolamento por mais de trinta dias, com o escopo de submetê-lo a sofrimento mental, violando-se, dessa feita, a norma prevista no art. 58 da referida lei, que estabelece o prazo máximo de trinta dias para o isolamento do preso que praticou falta disciplinar.³⁷

³⁴ NUNES, Pedro. **Dicionário de tecnologia jurídica**. 13. ed. rev., ampl. e atual. Por Artur Rocha. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 475.

³⁵ HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1976, vol. I tomo I, p.142.

³⁶ JURICIC, Paulo. **Crime de Tortura**. 2ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. P. 75.

³⁷ COIMBRA, Mário. **Tratamento do Injusto Penal da tortura**. São Paulo: RT, 2002, p. 189.

O crime de seqüestro elencado no art. 148 do Código Penal, é uma agravante que está prevista na Lei 9.455/97 em seu inciso III do §4º do art. 1º, que aumenta a pena de um sexto a um terço, caso o crime de seqüestro seja um meio para execução da tortura.³⁸

É inegável, que, no seqüestro, a vítima, além de se encontrar privada da sua liberdade, se encontra, também, totalmente subjulgada, não oferecendo nenhuma defesa à prática da tortura, o que justifica, com clareza, a aplicação da referida majorante, pela notória magnitude do injusto. Saliente-se, contudo, que o seqüestro deve ser o meio utilizado para a prática da sua liberdade, haverá concurso material de infrações entre os delitos de tortura e seqüestro.³⁹

1.3.2 – Motivos de execução da Tortura

São elencados pela Lei 9.455/97 motivos para execução da tortura. O primeiro motivo é quando o agente pratica a tortura com fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa, previsto no art. 1º, inciso I, alínea a, denomina-se como tortura de prova, o agente público ou particular age com a intenção de obter informações, independente de ter ou não o agente êxito em sua ação, para que seja tipificado como crime de tortura.

O segundo motivo é quando o agente tortura para provocar ação ou omissão de natureza criminosa, previsto no art. 1º, inciso I, alínea b, nesta hipótese a tortura se figura como meio pra realização de outra infração penal, independente que o crime fim venha a ser consumado.

A resolução desta questão é nos moldes da coação moral irresistível, ou seja, apenas será punido o autor da coação, ficando o coagido acobertado por uma causa excludente da culpabilidade, nos termos do art. 22, 1ª parte, do CP.⁴⁰

Terceiro motivo de tortura é em razão de discriminação racial ou religiosa, prevista no art. 1º, incisos I, alínea c. Não há que se falar entre a Lei 9.455/97 que dispõe sobre o crime de tortura e a Lei 9.459/97 que prevê a

³⁸ BRASIL. **Lei 9.455/97, de 07.04.1997**. Dispõe sobre o Crime de Tortura. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9455.htm>> Acesso em: 10.06.2011.

³⁹ COIMBRA, Mário. **Tratamento do Injusto Penal da tortura**. São Paulo: RT, 2002, p. 195.

⁴⁰ SILVA, José Geraldo da. **A lei de tortura interpretada**. Campinas: Bookseller, 1999, p.36.

punição pra crimes resultantes de discriminação, pois na lei de tortura há previsão de constrangimento com emprego de violência ou grave ameaça que cause sofrimento físico ou mental em razão de tal discriminação, requisitos que não tem previsão na Lei 9.459/97.

Apesar de deixar de fora algumas formas importantes de discriminação, como a sexual, distanciando-se, uma vez mais, da linha seguida no Direito Internacional, julgamos positiva a iniciativa da Lei n. 9.455/97 de inserir esse elemento subjetivo, coadunado com a postura assumida pela Constituição brasileira, na medida em que a mesma propõe, dentre seus objetivos fundamentais, a promoção do bem de todos sem a mácula do preconceito racial e quaisquer outras forma de discriminação (art. 3º, IV) e estabelece a imprescritibilidade do crime de racismo (art. 5º, XLII), bem como a liberdade de consciência e de crença e o livre exercício dos cultos religiosos (art. 5º, VI).⁴¹

Quarto e último motivo disposto na Lei de tortura é a execução da tortura como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo, previsto no art. 1º, inciso II, denominada como “tortura pena” ou “tortura castigo”, usadas geralmente para as vítimas desobedecem a normas regimentais de uma instituição, são usadas para desestimular a ação a prática de indisciplinas.

No caso de submissão, se não houver o intenso sofrimento físico ou mental, a conduta do agente poderá estar tipificada no crime de maus tratos (art. 136, CP) e não no delito de tortura.⁴²

1.3.3– Penas

As penas impostas para o crime de tortura preveem como pena base de reclusão de dois a oito anos nas formas em que se emprega o constrangimento e a submissão, já na forma omissiva a pena de detentiva de um a quatro anos. No art. 1º, §4º da Lei 9.455/97, estão previstas as causas de aumento da pena de um sexto a um terço.⁴³

⁴¹ TEIXEIRA, Flávia Camello. **Da Tortura**. Belo Horizonte. Del Rey, 2004, P.128.

⁴² SILVA, José Geraldo da. **A lei de tortura interpretada**. Campinas: Bookseller, 1999, p.38.

⁴³ BORGES, José Ribeiro. **Tortura**. 1ª ed. Campinas - SP: Romana Jurídica, 2004.

Neste sentido Luiz Regis Prado leciona que:

Nessa trilha, tem-se, portanto que o desvalor da ação e o desvalor do resultado nos delitos dolosos e culposos podem revestir-se de maior ou menor gravidade. As circunstâncias agravantes e atenuantes agravam ou atenuam a pena em razão da maior ou menor gravidade do injusto. (O injusto penal e a culpabilidade como magnitudes graduáveis. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 27, p. 128.)

1.3.4– Sujeito ativo e passivo do crime de tortura

O sujeito ativo do crime de tortura pode ser qualquer pessoa (art. 1º, inciso I, a, b e c), quem tenha poder ou autoridade sobre outrem (inciso II) ou quem cuide de internado (§1º do art. 1º).⁴⁴ O crime no Brasil é considerado um crime comum, ou seja, que pode ser cometido por qualquer pessoa, corrente defendida pela STF, alguns doutrinadores consideram o crime de tortura como próprio, ou seja, só se configura tortura se praticado por agente público ou que obtenha autoridade, tal interpretação da lei se deriva da Convenção Internacional assinada pelo Brasil, aonde se compromete apenas em combater a tortura cometida por” por agentes públicos”.⁴⁵

A Lei n.º 9.455/97 não definiu o delito como "crime próprio", mas ao contrário, o fez de maneira ampla, tornando possível que qualquer pessoa do povo o pratique, além disso, prevê, em seu art. 1º, § 4º, I, que o crime terá sua pena aumentada de um sexto a um terço, se o delito for cometido por agentes públicos, como já mencionado. Assim, não se observou na lei nacional específica a restrição feita nos tratados internacionais, classificando-se a prática da tortura como "crime comum" e, desta forma, ampliando a sua abrangência no que se refere a responsabilização penal.⁴⁶

Doutrinadores como ALBERTO SILVA FRANCO defendem a inconstitucionalidade da Lei Federal n.º 9.455/97, considerando como "o mais grave defeito do mencionado diploma legal" a definição de um tipo classificado como "comum", assim se manifestou:

⁴⁴ BRASIL. **Lei 9.455/97, de 07.04.1997**. Dispõe sobre o Crime de Tortura. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9455.htm>> Acesso em: 09.06.2011.

⁴⁵ ROZA, Adriana de Andrade. **Tortura: Súmula 698 do STF**. Nossa Livraria, Recife, 2004.

⁴⁶ JURICIC, Paulo. **Crime de Tortura**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

O conceito de tortura, como crime próprio, já faz parte do ordenamento jurídico brasileiro, em grau constitucional. É evidente que tal conceito não dispensa, por respeito ao princípio da reserva legal também de nível constitucional, da intermediação do legislador infraconstitucional para efeito de sua configuração típica. Mas esse legislador não poderá, sem lesionar norma de caráter constitucional, construir um tipo de tortura que não leve em conta o conceito já aprovado em convenções internacionais. Assim, lei ordinária que desfigure a tortura de forma a torná-la um delito comum e não próprio, está eivada de manifesta inconstitucionalidade.

A Convenção interamericana de 85 em seu art. 3º definiu os agentes ativos do delito de tortura:

- a) Os empregados ou funcionários públicos que, atuando nesse caráter, ordenem sua execução ou instiguem ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou, podendo impedi-lo, não o façam"; e,
- b) As pessoas que, por instigação dos funcionários ou empregados públicos a que se refere a alínea a, ordenem sua execução, instiguem ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou nele sejam cúmplices.

De acordo com as Convenções Internacionais, o delito de tortura é "próprio", ou seja, cometido apenas por funcionários ou empregados públicos em autoria mediata ou imediata, e ainda, por indução ou instigação a que o provoquem, prevista também, a responsabilidade decorrente da omissão de tais agentes no impedimento da realização do fato delituoso, quando possível efetua-lo.

Em contra partida, o artigo 1.º da Convenção da ONU de 1984, extingui de uma vez por todas, qualquer dúvida acerca da constitucionalidade da Lei 9.455/97:

Artigo 1.º

(...) O presente artigo não será interpretado de maneira a restringir qualquer instrumento internacional ou legislação nacional que contenha ou possa conter dispositivos de alcance mais amplo.⁴⁷

⁴⁷ BRASIL. **DECRETO No 40, DE 15 DE FEVEREIRO DE 1991**. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm> Acesso em: 27.11.2015.

Desta forma além de constitucional a Lei é mais benéfica à vítima. Pois, sendo mais abrangente, tem mais chances de punir efetivamente o criminoso, ficando assim extinto qualquer conflito frente à Convenção Interamericana de 1985.

O sujeito passivo é quem tem o bem jurídico lesado ou ameaçado pela lesão, ou seja, a vítima do crime, na tortura pode ser agente passivo qualquer pessoa física, independentemente de ser capaz ou não, devendo ser pessoa viva. Trata-se de tortura agravada quando o agente passivo da tortura for criança, adolescente, gestante ou deficiente.⁴⁸

1.3.5 – Princípio da extraterritorialidade

Tratando da extraterritorialidade, está prevista no art. 2º da Lei 9.455/97, que se aplicara o disposto nesta lei quando o crime não tenha sido cometido em território nacional, sendo a vítima brasileira ou encontrando-se o agente em local sob jurisdição brasileira.⁴⁹

A redação dada ao referido dispositivo, na sua primeira parte, é inteiramente dispensável em face do §3º do art. 7º do Código Penal, que manda aplicar a lei penal brasileira 'ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil'. No entanto, a regra do art. 2º tem uma diferença estrutural em relação à hipótese do §3º do art. 7º do Código Penal: dispensa as condições de procedibilidade estabelecidas nas alíneas do §2º e no próprio §3º do art. 7º do Código Penal. A aplicar-se o disposto no art. 2º da Lei n. 9.455/97, o estrangeiro que tenha praticado atos de tortura fora do Brasil poderá ser processado e condenado, independentemente de ter ou não ingressado no território nacional e de ter sido, ou não, condenado ou absolvido no país em que realizou a tortura. Nesse caso, a Lei n. 9.455/97 criou mais uma hipótese de extraterritorialidade incondicionada regulada pelo princípio de defesa ou real.

A segunda parte do art. 2º da Lei n. 9.455/97 estabelece a aplicabilidade da lei penal brasileira em relação ao agente que tenha sido localizado em lugar sob jurisdição brasileira. Se não houve nenhum equívoco do legislador ao empregar a palavra 'ou' em vez de 'e' (e, nesse caso, a segunda parte do art. 2º estabeleceria uma condição de procedibilidade no que se refere a primeira parte), o texto legal significa que a lei penal brasileira praticado tortura em território estrangeiro e que, de algum modo ingressou no Brasil. Sob

⁴⁸ JURICIC, Paulo. **Crime de Tortura**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

⁴⁹ BRASIL. **Lei 9.455/97, de 07.04.1997**. Dispõe sobre o Crime de Tortura. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9455.htm>> Acesso em: 22.09.2010

esse ângulo, teria sido construída uma outra hipótese de extraterritorialidade, com fundamento no princípio da Justiça Universal, mas, nessa situação, para que não haja a possibilidade de eventuais conflitos com outros países soberanos, é mister que se estabeleça, como pressuposto da aplicação da lei penal brasileira, a existência de tratado ou convenção sobre tortura, obrigando-se o Brasil a reprimir tal fato delituoso. A segunda parte do art. 2º da Lei n. 9.455/97 necessita ser completada pela alínea a do inciso II do art. 7 do Código Penal.⁵⁰

1.3.6 – Princípio da irretroatividade

É vedada a possibilidade de a Lei 9.455/97, que é uma lei nova incriminadora, retroagir para alcançar fatos ocorridos antes do dia 8 de abril de 1997, data em que foi publicada a lei.⁵¹

Ocorre quando o texto da nova Lei torna típico um fato que anteriormente não era incriminado. Neste caso, a nova lei somente será aplicada aos fatos praticados depois do início de sua vigência. Todos aos fatos praticados antes do início da vigência da nova lei não poderão ser processados, uma vez que é vedado pelo princípio da anterioridade da lei pena.⁵²

1.3.7 – Efeitos da condenação

Os efeitos da condenação pelo crime de tortura, o condenado não gozará de benefícios legais da fiança, graça ou anistia (6º da art. 1º). Sendo o crime cometido de forma comissiva iniciará o cumprimento da pena em regime fechado, a lei não abrange dos efeitos na esfera civil, como por exemplo, a condenação de pagamento de indenização a vítima de tortura.⁵³

A lei de tortura em seu art. 1º, §5º aduz que a condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada.

Cargo público é o lugar instituído na organização do funcionalismo, com denominação própria, atribuições específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular, na forma estabelecida em lei. Função é a atribuição ou o conjunto de

⁵⁰ FRANCO. Crime Hediondos: anotações sistemáticas à Lei n. 8.072/90, p.129.

⁵¹ JURICIC, Paulo. Crime de Tortura. São Paulo. Juarez de Oliveira, 1999.

⁵² SILVA, José Geraldo da. A lei de tortura interpretada. Campinas: Bookseller, 1999, p.63.

⁵³ ROZA, Adriana de Andrade. Tortura: Súmula 698 do STF. Nossa Livraria, Recife, 2004.

atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional, ou comete individualmente a determinados servidores para execução de serviços eventuais. Todo cargo tem função, mas pode haver função sem cargo.⁵⁴

Somente será condenado o agente, após o trânsito em julgado da decisão condenatória, pois o réu poderá recorrer.

Sendo configurado o crime de tortura absorvem-se delitos menos graves resultante do emprego de violência e grave ameaça, como por exemplo: os crimes de maus tratos, lesões corporais leves, constrangimento ilegal, ameaça, abuso de autoridade e vários outros.⁵⁵

⁵⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 339/340.

⁵⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Legislação Penal Especial**. Editora Saraiva. São Paulo, 2010.

2-Execução da Pena e Castigo

A execução penal é um conjunto de normas e princípios de várias naturezas, como o Direito constitucional, penal, processual penal e administrativo, regulam e ensejam a execução das sentenças condenatórias ou medida de segurança aos condenados.

Para Plácido e Silva (1998), no seu *Vocabulário Jurídico*, 14^a ed., Ed. Forense, p. 334: “Execução. Na técnica judicial, é o ato por que se cumpre a decisão de uma sentença, compelindo ou constringendo o condenado a reduzir a efeito o objeto decisório”.

É a fase mais importante do direito punitivo, pois de nada iria servir a condenação se não houvesse a execução da pena imposta. Sendo o objetivo da execução é tornar exequível a sentença penal, imposta ao condenado através da sanção penal pelo crime praticado.⁵⁶

O objetivo da execução penal está expresso no artigo 1º na Lei de Execução Penal, Lei n. 7.210/84.

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

A natureza jurídica da execução penal é complexa, dividindo-se em duas, administrativa e jurisdicional.

A administrativa é relativa à integração do condenado e internado, à fiscalização de presídios e institutos penais, a obtenção de pareceres técnicos e documentos.

⁵⁶ Lima, Roberto Gomes. **Teoria e prática da execução penal** – Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 13.

A jurisdicional incide nos processos executivos em que visa o princípio do contraditório.⁵⁷

A aplicação da pena é objeto do direito penitenciário, o qual se liga ontologicamente ao direito administrativo, muito embora suas regras possam encontrar-se nos códigos penal e processual penal. Mas a tutela à efetivação da sanção penal é objeto do processo de execução, o qual guarda a natureza indiscutivelmente jurisdicional e faz parte do direito processual⁵⁸

A natureza administrativa que se quisesse emprestar à execução penal tornaria o réu mero objeto do procedimento, quando, ao contrário, ele há de ser visto como titular de situações processuais de vantagem, como sujeito da relação processual existente no processo de execução penal. Não mais simples detentor de obrigações, deveres e ônus, o réu torna-se titular de direitos, faculdades e poderes. E como em todo e qualquer processo, que não seja mera ordenação de atos mas que seja entendido sem sua função garantidora, ficam asseguradas ao condenado as garantias constitucionais do 'devido processo legal': o direito de defesa (compreendendo a defesa técnica), o contraditório, o duplo grau de jurisdição, a publicidade e, evidentemente, a igualdade processual e par condicio.⁵⁹

2.1 Princípios da Execução Penal no Brasil

O Estado através da execução penal tem altíssima atuação no que diz respeito à liberdade das pessoas condenadas, sendo os princípios imprescindíveis para impor limites no contexto do Estado Democrático de Direito.

O modelo de Estado não se encaixa na “relação jurídica especial de poder” que é característica existente na execução, onde o condenado fica na condição de submissão perante o poder estatal, não tendo seus direitos protegidos como cidadão brasileiro, o que deixa uma brecha para violação dos

⁵⁷ Nogueira, Paulo Lúcio, **Comentário à lei de execução penal** – 2ª Ed – São Paulo: Saraiva, 1994.

⁵⁸ A. P. Grinover, **Execução Penal, Série Estudos Jurídicos 3**, São Paulo: Ed. Max Limonad, p. 7.

⁵⁹ A.P. Grinover, **As Nulidades no Processo Penal**, 5ª Ed, São Paulo: Malheiros Editores, 1996, P. 255.

direitos humanos fundamentais, que hoje está criando grandes mudanças na esfera do direito penitenciário.⁶⁰

No que diz respeito aos princípios do Direito de Execução Penal, Eduardo Goulart define como sendo "proposições de valor geral, que operam como condicionantes e orientadores de sua compreensão, especialmente, no que respeita à sua aplicação" e que "atuam no sentido de iluminar suas bases e fundamentos e, por igual, orientam sua aplicação e o sentido de sua compreensão".

De acordo com grande parte da Doutrina, são considerados como Princípios da Execução Penal, os seguintes que se expõem:

Princípio da Legalidade, que está expresso na própria Lei de Execução Penal, Lei n. 7.210/84 em seus artigos 2º e 3º, determina que o processo executivo obedeça às disposições legais reguladoras da matéria, que está disposto no art. 5º, XXXIX da Constituição Federal, que se mostra como uma garantia ao cumprimento da execução penal em sua legalidade.

Art. 5º 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 à propriedade, nos termos seguintes:

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

Tal princípio se mostra claro, no item 19 da Exposição de Motivos da Lei n. 7.210/84:

19. O princípio da legalidade domina o corpo e o espírito do Projeto, de forma a impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal.

A aplicação do princípio constitucional da legalidade, como garantia executiva, implica, assim, o reconhecimento de que o preso não pode ser manipulado pela administração prisional como se fosse um objeto; de que, não obstante a perda de sua liberdade, é ele ainda sujeito de direitos, mantendo, por isso, com a administração penitenciária, relações jurídicas das quais emergem direitos e

⁶⁰ Mesquita Júnior, Sidio Rosa de. **Execução Criminal**, 5 Ed. – São Paulo: Atlas, 2007.

deveres, e de que a jurisdição deve fazer-se presente não apenas nos incidentes próprios da fase executória da pena, como também nos conflitos que possam eventualmente resultar da relação tensional preso-administração.”⁶¹

Princípio da Igualdade determina que não haja tratamento desigual entre os condenados, As Regras de Tóquio determina que aplicação da lei de execução penal de ocorrer “sem qualquer discriminação, quer seja de raça, cor, sexo, idade, idioma, religião, opinião política ou de outra índole, origem nacional ou social, patrimônio, nascimento ou qualquer outra condição”, pois todos gozam dos mesmos direitos e são iguais perante a lei como dispõe nossa Constituição Federal.

Princípio da jurisdicionalidade advém da predominância jurisdicional no que diz respeito à natureza jurídica administrativa da execução penal, como por exemplo, livramento condicional, progressão ou regressão de regimes, características do poder judiciário na atuação da execução da pena.⁶²

Pelo princípio da jurisdicionalidade entende-se que a execução penal é uma atividade predominantemente administrativa, com incidentes de jurisdicionalidade.⁶³

Princípio do duplo grau de jurisdição se manifesta para dar maior segurança jurídica às decisões, este princípio está implícito na Constituição Federal quando se refere aos Tribunais como órgãos competentes para julgar decisões em grau de recurso.⁶⁴

Uma decisão que não esteja sujeita a reexame, que não possa ser apreciada por outrem, constitui um mal porque é confiar-se demais na pessoa que a proferiu, olvidando-se a precariedade dos conhecimentos humanos, o erro que é próprio do indivíduo, já não se falando no poder enorme confiado a quem proferiu, facilitando-se, dessarte, seu arbítrio e desmando.

⁶¹ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos: anotações sistemáticas à Lei 8.072/90**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.162

⁶² MACHADO, Vitor Gonçalves. **Considerações sobre os princípios informadores do direito da execução penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2435, 2 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14432>>. Acesso em: 23 ago. 2011.

⁶³ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1996, p7.

⁶⁴ MIRABETE, Juilo Fabbrini. **Processo Penal**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 1993. p.51.

Daí, pois, a razão do recurso, cujo objetivo é fazer com que a decisão seja examinada, podendo então ser reformada ou corrigida.
”⁶⁵

Princípio do contraditório está expresso na Constituição Federal, em seu artigo 5º, LV, que dispõe que: “aos litigantes, e m processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes.”

Este princípio se vincula a igualdade entre as partes dentro do processo, onde é necessária a apresentação de todas as provas para que seja assegurada a defesa e o contraditório do acusado.⁶⁶

Princípio da proporcionalidade se dá com a vinculação equitativa entre o delito e a pena aplicada ao condenado, devendo ser observada não somente no momento da cominação ou aplicação da pena, mas também no momento da sua execução.

Significa, no âmbito específico das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, que qualquer limitação, feita por lei ou com base na lei, deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida)⁶⁷

Princípio da publicidade se funda também na Constituição Federal, art. 5º: “LX - LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;”.

Vale ressaltar que este princípio não é exercido plenamente na execução penal, em vista do art. 198 da Lei de Execução Penal, que dispõe:

Art. 198. É defesa ao integrante dos órgãos da execução penal, e ao servidor, a divulgação de ocorrência que perturbe a segurança e a disciplina dos estabelecimentos, bem como exponha o preso à inconveniente notoriedade, durante o cumprimento da pena.

Os princípios da humanização e individualização da pena serão esclarecidos no Capítulo 3.

⁶⁵ NORONHA, Edgard de Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p.325.

⁶⁶ Nogueira, Paulo Lúcio, **Comentário à lei de execução penal** – 2ª Ed – São Paulo: Saraiva, 1994.

⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria constitucional**. 4 Ed. Coimbra: Almedina, 2000. P. 447.

2.2 Finalidades da execução penal

O Estado tem a competência de legislar normas penais, que determinam os fatos que constituem crime e as penas destinadas aos infratores penais.

Tem o Estado direito a aplicar penalidade aos indivíduos que infringem as legislações penais.⁶⁸

A execução penal tem como finalidades básicas o cumprimento da sentença condenatória, bem como, a recuperação do condenado e oferecimento de condições para que o condenado possa de readaptar novamente a sociedade.⁶⁹

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Formalmente a finalidade é de prevenção especial positiva (proporciona condições para ressocialização do condenado), mas na prática, o que se realiza é função preventiva negativa (os condenados são reclusos em penitenciárias sem nenhum tipo de assistência, sem qualquer tipo de incentivo para propiciar sua reinserção social).⁷⁰

A execução penal deve objetivar a integração social do condenado ou do internado, já que adotada a teoria mista ou eclética, segundo a qual natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização. Objetiva-se, por meio da execução, punir e humanizar.⁷¹

Um dos principais objetivos da execução penal é reinserir o delinquente novamente ao contexto social. Diante de tal preocupação esta sendo mais

⁶⁸ Rosa, Antonio José Miguel. **Execução Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p.12.

⁶⁹ SANTOS, Paulo Fernando dos. **Aspectos práticos de execução penal**. São Paulo. Editora Leud, 1998, p.13.

⁷⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Funções da pena no Direito Penal brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1037, 4 maio 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8334>>. Acesso em: 30 ago. 2011.

⁷¹ Marcão, Renato Flávio. **Curso de execução penal**. São Paulo: Saraiva, 2004, p.1.

freqüentes as condenações por penas alternativas, que não privem a liberdade.⁷²

2.3 Relação entre a execução e o delito praticado

O legislador e o juiz têm a liberdade de escolher qual pena deve ser aplicada, sempre levando em consideração a gravidade do crime cometido e a quantidade da pena aplicada. Ato considerados absurdos serão nulos.

A gravidade da sanção deve ser equivalente ao delito praticado, como expõe o art. 59 do Código de Penal:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Em se tratando de medida de segurança, deve ser levada em consideração a periculosidade criminal do agente.

Não é de apenas interesse comum que não se pratiquem crimes, mas, também, que sejam mais raros na proporção do mal que causam à sociedade. Portanto, por via de conseqüência, mais fortes devem ser os obstáculos que afastem os homens dos crimes, na medida em que se apresentam como contrários ao interesse público e na razão dos estímulos que para eles induzem. Desta forma, deve existir uma proporção entre os delitos e as penas.⁷³

Para a cominação das penas devem ser respeitados os seguintes requisitos, o da idoneidade, necessidade e proporcionalidade. A sanção penal deve ser um instrumento capaz de obter êxito a finalidade pretendida pelo legislador (adequação do meio ao fim).

⁷² KUEHNE, Maurício. **Lei de execução penal Anotada**. Curitiba: Juruá, 1999, p47.

⁷³ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2006, P. 129.

Uma concordância material entre ação e reação, causa e consequência jurídico penal. Constituindo parte do postulado de Justiça: ninguém pode ser incomodado ou lesionado em seus direitos com medidas jurídicas desproporcionadas.⁷⁴

No tocante a proporcionalidade dos crimes e das sanções (*poena debet commensurari delicto*), deve-se existir um equilíbrio (abstrato que se refere ao legislador e o concreto que diz respeito ao juiz) entre a gravidade do delito praticado e a pena aplicada ou imposta.⁷⁵

⁷⁴ HASSEMER, W. Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2° ed., München, 1990 (existe una traducción de la 1ª ed. de F. MUNOZ CONDE Y L. ARROYO ZAPATERO. **Fundamentos del derecho penal**, Barcelona, 1984, p. 279

⁷⁵ Prado, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro – 7 ed.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 145.

3. Condenação pelo Crime de Tortura e Regime Inicial de Cumprimento da Pena

O Princípio da individualização da pena tem seus fundamentos no princípio da isonomia, demonstrando a ideia de os “desiguais devem ser tratados distintamente, isso na medida de suas diferenças”⁷⁶, este princípio decorre do entendimento que as normas possibilitem um tratamento diferenciado em relação ao aplicador da lei, respeitando os parâmetros de flexibilidade da norma na aplicação da pena.

A Constituição Federal em seu art.5º, XLVI, regulamenta o princípio da individualização da pena, adotando entre outras a pena de privação ou restrição de liberdade, perda dos bens, multa, prestação social e suspensão ou interdição de direitos. Visa adaptar a pena ao condenado, considerando características do delito e periculosidade do agente.

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) Privação ou restrição da liberdade;
- b) Perda de bens;
- c) Multa;
- d) Prestação social alternativa;
- e) Suspensão ou interdição de direitos;”

Para que seja respeitada a individualização da pena os doutrinadores dividem suas afirmações em três fases: legal, judicial e de execução.

A fase legal a pena é individualizada na lei, (teoria de *labelling approach*) analisando os critérios sociais, econômicos, ideológicos e políticos.

A fase judicial é individualizada na sentença, quando se tem a comprovação do fato típico e o verdadeiro culpado. Como dispõe o artigo 59 do Código Penal o juiz irá determinar a sentença de acordo com a legislação legal e a pena necessária para que sejam cumpridos os fins sociais de retribuição e de prevenção geral e especial contra a criminalidade. Nessa fase a proporcionalidade e a culpabilidade irão limitar o poder judicial para que não haja excessos.

⁷⁶ Mesquita Júnior, Sidio Rosa de. **Execução Criminal**, 5 Ed. – São Paulo: Atlas, 2007, p. 15.

A fase da execução a pena é individualizada no regime correspondente a quantidade de pena imposta na sentença, não poderá sofrer ilegalidades, como consta no texto da Lei de execução penal n. 7.210/84.

A garantia da individualização pena consiste segundo Figueiredo Dias em: “um conjunto complexo de operações que envolvem uma estreita cooperação – mas também uma separação de tarefas e de responsabilidades”.⁷⁷

Com a reforma do Código Penal em 1984, os legisladores escolheram o método trifásico, onde estabelece o que está expresso no artigo 68 da respectiva legislação:

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

Determinada a pena final, são tomadas providências que são inerentes ao método trifásico, onde há as substituições da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, concessão ou não de benefícios, a fixação do regime adequado e a decisão do juiz sobre a manutenção ou não do condenado na prisão, caso esteja preso cautelarmente.

Em se tratando do crime de tortura que se equipara aos hediondos, a legislação demonstra ser mais severa em suas penas, levando alguns doutrinadores a entender que são normas que infringem o princípio da individualização da pena.

Diante desses entendimentos sobre a inconstitucionalidade da lei de tortura Alexandre de Morais defende que:

⁷⁷ Dias, Jorge Figueiredo. Direito Penal 2, Parte Geral – “**As Conseqüências Jurídicas do Crime**”, Coimbra, 1988, p. 299, textos da Faculdade de Coimbra”.

A obrigatoriedade legal do cumprimento da pena, em caso de condenação por crime hediondo ou assemelhado, em regime fechado, não ofende ao princípio da individualização da pena, uma vez que trata-se de matéria infraconstitucional a ser disciplinada por lei ordinária. Assim, da mesma forma pela qual o legislador ordinário tem a discricionariedade para a criação de regimes de cumprimento da pena, bem como das hipóteses de progressão ou regressão entre diversos regimes previstos, poderá também instituir algumas hipóteses em que a progressão estará absolutamente vedada.⁷⁸

Princípio da humanização da pena consiste na maneira da execução da pena, respeitando parâmetros internacionais de humanidade, que tem como objetivo garantir a dignidade humana do condenado, como dispõe o art. 5º, LLXVII:

Art. 5º, LXVII – Não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento
- e) cruéis.

Assim, o princípio da humanidade da pena, na Constituição brasileira de 1988, encontrou formas de expressão em normas proibitivas tendentes a obstar a formação de um ordenamento penal de terror e em normas asseguradoras de direitos de presos ou de condenados, objetivando tornar as penas compatíveis com a condição humana.

[...]

O princípio da humanidade da pena implica, portanto, não apenas na proposta negativa caracterizadora de proibições, mas também, e principalmente, na proposta positiva, de respeito à dignidade da pessoa humana, embora presa ou condenada.⁷⁹

Consiste na impossibilidade da pena passar da pessoa do criminoso, salvo alguns efeitos extrapenais da condenação, como por exemplo, a obrigação de reparação de danos na esfera cível, que poderão atingir os herdeiros do infrator até o limite da herança, como dispões o art. 5º, XLV da Constituição Federal:

⁷⁸ MORAES, Alexandre de, Direitos humanos fundamentais. São Paulo: Atlas, 1997. P. 229.

⁷⁹ FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. P. 64.

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

3.2 - Regime inicial de cumprimento da pena em condenações pela prática do delito de tortura

Antes da alteração da Lei de Crimes Hediondos (alterada pela Lei n. 11.464/2007), o crime de tortura não obtinha sua própria legislação, sua execução se dava da seguinte forma:⁸⁰

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I - anistia, graça e indulto;

II - fiança e liberdade provisória.

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.

§ 2º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

§ 3º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de trinta dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. (Texto da lei sem as alterações dada pela Lei. 11.464/2007)

Com a edição da Lei de Tortura, as penas pelo crime de tortura agora são executadas com regime inicial fechado e com direito a progressão de regime, como dispõe o §7º do artigo 1º da Lei n. 9.455/97 e jurisprudências do STF:

§ 7º O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.

CRIME HEDIONDO. PROGRESSÃO DE REGIME. A Turma, por unanimidade, entendeu ser possível conceder a progressão de regime prisional aos condenados por crimes hediondos (art. 112 da Lei n. 7.210/1984 e art. 33, § 2º, do CP). Precedente citado: HC 34.652-PR, DJ 1º/2/2005. HC 49.740-MS, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 7/3/2006.

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semiaberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA

⁸⁰ SKNICK, Valdir. **Tortura**. São Paulo: Leud, 1998, p.98.

LEI Nº 8.072/90-INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (HC nº 82.959/SP, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 1º/9/06)

A exceção prevista no §2º do artigo 1º da Lei de tortura, admiti que o agente que tenha o dever de evitar ou apurar tais condutas que caracterizem tortura, ficar omissa perante a situação, sua pena será mais branda, sendo a pena de no máximo 4 anos de detenção.⁸¹

§ 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.

Por ser pena de detenção e de no máximo 4 anos, poderá o agente ter seu regime inicial aberto, Código penal alínea “c” do §2º do art. 33.

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

3.3- Disciplina legal do regime inicial de cumprimento da pena encontrada no Código Penal

Com a condenação do agente, o juiz irá estabelecer o regime inicial, atendendo os dispositivos que dizem respeito à natureza e quantidade da pena, bem como a reincidência, como dispõe art. 110 da LEP:

⁸¹ BRASIL. **Lei 9.455/97, de 07.04.1997**. Dispõe sobre o Crime de Tortura. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9455.htm>> Acesso em: 05.06.2011.

Art. 110 - O juiz, na sentença, estabelecerá o regime no qual o condenado iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade, observado o disposto no Art. 33 e seus parágrafos do Código Penal.

Proferida decisão pelo juiz que determine o regime inicial de cumprimento de pena, sem que haja recursos por parte das partes, faz-se a decisão coisa julgada material e formal. No entanto, não pode a decisão ser modificada pelo juiz da execução, salvo se houver fatos supervenientes.⁸²

O artigo 33, §1º do Código Penal estabelece características quanto a cada regime inicial:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º - Considera-se:

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

O condenado a pena superior a 8 anos deverá cumprir a pena em regime inicial fechado, mesmo não sendo reincidente.

Quando a pena não exceder a 8 anos, o regime inicial será o semiaberto, por não haver impedimento expresso em lei esse regime também se estender aos reincidentes.

Em se tratando de condenação inferior a 4 anos, o regime inicial será o aberto. Tais regras estão expressas no §2º do artigo 33 do Código Penal:

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

⁸² MIRABETE, Julio Fabrini. **Execução Penal: comentários a Lei nº 7.210/84** – 11 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

O regime inicial não será estabelecido exclusivamente na quantidade de pena fixada, mas também nas circunstâncias de judiciais de fixação da pena-base, obedecendo ao que estabelece o artigo 59 do Código Penal.

Mesmo que o condenado seja primário poderá inicial o cumprimento de sua pena no regime fechado, se fundamentado na sentença que o condenado tem péssimos antecedentes, alta periculosidade, insensibilidade, perversão e desvio de comportamento.⁸³

Em se tratando do crime de tortura, o regime inicial será sempre o fechado mesmo que o condenado seja primário e pena inferior a 4 anos.

3.4 (in)constitucionalidade da disposição específica

A maioria dos doutrinadores defendem a constitucionalidade do regime inicial fechado para os crimes de tortura, por ser equiparado aos crimes hediondos. Afirmam que o Código Penal se encontra no mesmo patamar de hierarquia normativa da Lei de tortura, por se tratar de leis ordinárias. Logo não há que se falar em antinomia, predomina-se o princípio da especialidade.

Diante da gravidade do crime de tortura e dos hediondos, a Constituição Federal prevê em seu artigo 5º, XLIII, um tratamento diferenciado e rigoroso em relação ao modo de execução penal desses crimes.

A própria Constituição autorizou um tratamento mais rigoroso aos crimes hediondos e equiparados (art.5, XLIII), assim, contemporizando esse dispositivo com o outro dispositivo constitucional da individualização da pena (art.5. XLVI) e buscando dar efetividade mínima às duas normas constitucionais, colhe-se que o regime inicial de cumprimento da pena para os crimes hediondos e equiparados deve ser o fechado (dando-se assim efetividade à vontade do Poder Constituinte de um tratamento mais severo aos crimes hediondos) podendo o condenado progredir de regime

⁸³ Rosa, Antonio José Miguel. **Execução Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p.274.

conforme venha adquirindo condições graduais de retorno ao convívio social (efetivando-se o princípio constitucional da individualização da pena).⁸⁴

Não se questionava a constitucionalidade do cumprimento da pena em regime inicial fechado, independentemente da quantidade da pena aplicada.

Ocorre que, o Ministro Gilmar Mendes, julgou em um Habeas Corpus, que, além do cumprimento de pena em regime integralmente fechado o regime inicial fechado também dever ser superado, cabendo ao juiz decidir qual regime inicial adequado, utilizando o artigo 33 do Código Penal pra sua decisão.

Este precedente trata-se de uma condenação por tráfico de drogas, crime que se equipara ao crime de tortura, pois são de natureza hedionda.⁸⁵

Habeas Corpus. 2. Tráfico ilícito de entorpecentes. Paciente condenado à pena de um ano e oito meses de reclusão. 3. Pedido de fixação de regime aberto para o início do cumprimento da pena. Possibilidade. Paciente que cumpre os requisitos previstos no art. 33, § 2º, “c”, do Código Penal. 4. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Possibilidade. Precedente do Plenário (HC n. 97.256/RS). 5. Necessidade de análise dos requisitos dispostos no art. 44 do CP. 6. Ordem deferida.(HC 105779, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 08/02/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-035 DIVULG 21-02-2011 PUBLIC 22-02-2011)

Na fundamentação do HC 115.779/SP, o Ministro Gilmar Mendes observa que o paciente é primário e tem a pena inferior a 4 de reclusão e que as leis, determinando que o regime inicial seja o aberto, modificando as decisões anteriores, que seguiam a risca a Lei dos Tráfico de Droga, que determina o regime inicial do cumprimento da pena como sendo o fechado. O entendimento mais recente se coloca da seguinte forma:

Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo,

⁸⁴ MISAKA. **LEI 8.072/90 E REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA**, 2011, Marcelo Misaka. Disponível em [<http://marcelomisaka.wordpress.com>]. Acesso em 19.set.2011.

⁸⁵ AMARAL. **CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS: REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA**, 2011, Fabíola Amaral Juíza de Direito - São Paulo. Disponível em [<http://juizafabiolaamaral.blogspot.com>]. Acesso em 20.set.2011.

os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado' (STF, HC 114.568/ES, 1ª T., rel. Min. Dias Toffoli, j. 16-10-2012, DJe n. 220, de 8-11-2012).

Alega que a obrigação do regime inicial fechado, nos crimes de tortura e hediondos é uma afronta ao princípio da proporcionalidade e individualização da pena.

Art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, determinou que a pena agora fosse cumprida no regime inicial fechado.

É aqui que faço uma indagação: Esse dispositivo, em sua nova redação, não continuaria a violar o princípio constitucional da individualização da pena? Essa discussão, inclusive, já vem sendo alvo de debates nas instâncias inferiores e inequivocamente acabará por ser trazida à apreciação desta Suprema Corte.

No ponto, destaco, ainda, à guisa de ilustração, julgado recente proferido pelo próprio STJ que, ao analisar o HC n. 149.807/SP lá impetrado, concluiu pela inconstitucionalidade desse dispositivo, ao fundamento de que, a despeito das modificações preconizadas pela Lei n. 11.464/2007, persistiria ainda a ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena e, também, da proporcionalidade.

No caso concreto, com fundamento nessas considerações, entendo que o disposto na Lei dos Crimes Hediondos (obrigatoriedade de início do cumprimento de pena no regime fechado) deve ser superado. É que o paciente preenche os requisitos previstos no art. 33, § 2º, c, do CP, para o início do cumprimento de pena no regime aberto.

Com efeito, ao condenar o paciente à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, no regime inicial fechado, a decisão formalizada pelo magistrado de primeiro grau deixou assente sua condição de não reincidente, bem como a ausência de circunstâncias desfavoráveis.

Assim, reconhecida, na sentença, a primariedade do paciente, a pena aplicada, inferior a quatro anos, permite modificação do regime de cumprimento de pena do fechado para o aberto.

Está decisão do HC 105.779- SP teve como precedente uma decisão proferida pelo Ministro Og. Fernandes do Superior Tribunal de Justiça, que também decidiu aplicar o regime inicial aberto ao condenado pelo crime de tráfico de drogas alegando a primariedade do condenado, a quantidade de pena aplicada e a violação dos princípios constitucionais da isonomia e individualização da pena, ressaltando que as leis devem ser interpretadas de acordo com a Constituição Federal.

Em trechos de seu voto (HC 149.807 - SP) o Ministro do STJ demonstra sua opinião quanto a inconstitucionalidade o regime inicial fechado nos crimes de natureza hedionda.

Afirmando que o legislador não tem total autonomia para criar leis, sem observar o texto constitucional, respeitando o princípio da culpabilidade e que toda pena deve ser proporcional e pessoal. Entendendo que art. 2º, §1º, da Lei 8.072/90 e o art. 1º, §7º da Lei 9.455/97, que impõem o cumprimento da pena em regime inicial fechado, declarando estes artigos incidentalmente inconstitucional.

Aduz que o regime prisional para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade, deve-se levar em consideração da pena imposta, a presença de agravantes, atenuantes, causas de diminuição ou aumento de pena, não podendo impor sem análise desses requisitos o regime carcerário mais grave.

O regime inicial do cumprimento da pena não é mera decorrência do quantum fixado, exigindo-se, também, a análise das circunstâncias judiciais arroladas no art. 59 do Código Penal, a que faz remissão o art. 33, § 3º do mesmo Código' (STF, RHC 112.875/MS, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. 30-10-2012, DJe n. 226, de 19-11-2012).

Diante da posição de que as Leis devem obedecer ao que está disposto na Constituição Federal ensina Luiz Guilherme Marinoni:

Já se deixou claro que a lei, no Estado contemporâneo, tem a sua substância condicionada aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais. Compreender a lei a partir dos direitos fundamentais significa inverter a lógica da idéia de que esses direitos dependem da lei, pois hoje são as leis que têm a sua validade circunscrita aos direitos fundamentais, além de só admitirem interpretações que a eles estejam adequadas.⁸⁶

O Plenário do STF, no dia 27/06/2012 decidiu que o § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 11.464/2007, ao impor o regime inicial fechado, é INCONSTITUCIONAL.

⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 97 e 98.

Não evidencia fundamentação idônea e suficiente, decisão que impõe o regime inicial fechado de cumprimento de pena, baseada, objetiva e exclusivamente na norma inscrita no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, declarada incidentalmente inconstitucional por este Supremo Tribunal, no HC 111.840 (Relator o Ministro Dias Toffoli, de 27-6-2012) (STF, HC 120.274/ES, 2ª T., rela. Mina. Cármen Lúcia, j. 10-6-2014, DJe n. 118, de 20-6-2014).

O Crime de tortura tem sua execução penal igual aos crimes hediondos, levando em consideração essas decisões, um condenado pelo crime de tortura também tem direito ao mesmo benefício, devendo o juiz usar a analogia para aplicar está decisão ao condenado ao crime de tortura.⁸⁷

3.5 - Precedentes do STF e do STJ

As decisões do STF que envolviam o crime de tortura eram feitas de acordo com a constituição e outras legislações que criminalizavam a tortura. Não havendo lei específica sobre o delito de tortura.

O Ministro Celso de Melo, em decisão do HC 70.389-5, declara a dificuldade de aplicação do art. 233 do ECA, que em seu texto tipificava a tortura praticada contra crianças e adolescentes, declarou como constitucional o artigo.⁸⁸

Com a edição da Lei 9.455/97, que dispunha somente sobre o crime de tortura, expressando os meios, formas, agravantes, atenuantes, execução penal e penas específicas sobre o delito, ficando mais fácil as decisões sobre os crimes de tortura.

A primeira decisão do STF usando a Lei de tortura foi um *Habeas Corpus*, que foi indeferido pela falta dos requisitos necessários para que fosse possível a progressão de regime, que é concedida aos condenados pelo crime,

⁸⁷ Alvim, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: Forence, 2007, p237.

⁸⁸ Neste julgado citado, decidiu o pleno, na constitucionalidade do artigo 233 do ECA, mesmo não havendo norma precisa do ilícito da tortura. O ministro Celso de Mello, em seu voto dispõe: que o tipo penal emcausa é passível de complementação, à semelhança do que ocorre com os tipos penais abertos, bastando, para esse efeito, que o aplicador da norma proceda à integração do preceito primário incriminador mediante utilização dos meios postos à sua disposição. (STF, HC nº 70.389-5, São Paulo, 1994, p. 218)

em legislações anteriores que tipificavam a tortura, a execução penal era em regime integralmente fechado, sem direito a progressão de regime.⁸⁹

A posição atual do STF em relação a fixação do regime inicial da pena, é que se deve sempre levar em consideração as circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal, a que faz remissão o artigo 33, § 3º, do mesmo diploma legal, conforme dispões suas jurisprudências:

A jurisprudência do STF é no sentido de que a fixação do regime inicial de cumprimento da pena não resulta apenas de seu quantum, mas também das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal, a que faz remissão o artigo 33, § 3º, do mesmo diploma legal” (STF, HC 120.576/MS, 2ª T., rel. Min. Gilmar Mendes, j. 29-4-2014, DJe n. 093, de 16-5-2014)'

É vedada a liberdade provisória aos condenados pelo crime de tortura, é forte a posição do STF, já que é um crime inafiançável, como dispõe a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLIII.⁹⁰

⁸⁹ "Habeas corpus". - Improcedência das alegações de inépcia da denúncia (que está, inclusive, preclusa ante a sentença condenatória), de vícios no auto de prisão em flagrante (questão que não repercute na validade da ação penal) e da atuação dos intérpretes, de deficiência de fundamentação da sentença condenatória, de insuficiência do conjunto probatório para a condenação, e do ataque à vedação da progressão de cumprimento da pena (inexistindo, também, a pretendida revogação dessa vedação pelo artigo 1º, § 7º, da Lei 9.455/97). "Habeas corpus" indeferido.(HC 75858, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 16/12/1997, DJ 27-02-1998 PP-00001 EMENT VOL-01900-01 PP-00135)

⁹⁰ HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA: INADMISSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII): Precedentes. O art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90 atendeu ao comando constitucional, ao considerar inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a Constituição da República determina sejam inafiançáveis. Desnecessidade de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei n. 11.464/07, que, ao retirar a expressão 'e liberdade provisória' do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90, limitou-se a uma alteração textual. A proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança, não da expressão suprimida, a qual, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, constituía redundância. Mera alteração textual, sem modificação da norma proibitiva de concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, que continua vedada aos presos em flagrante por quaisquer daqueles delitos. 2. A Lei n. 11.464/07 não poderia alcançar o delito de tráfico de drogas, cuja disciplina já constava de lei especial (Lei n. 11.343/06, art. 44, caput), aplicável à espécie vertente. 3. Irrelevância da existência, ou não, de fundamentação cautelar para a prisão em flagrante por crimes hediondos ou equiparados: Precedentes. 4. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que as condições subjetivas favoráveis do Paciente, tais como emprego lícito, residência fixa e família constituída, não obstam a segregação cautelar. Precedentes. 5. Ordem denegada.(HC 103715, Relator(a): Min. CÂRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 23/11/2010, DJe-055 DIVULG 23-03-2011 PUBLIC 24-03-2011 EMENT VOL-02488-01 PP-00065)

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;

Os agentes públicos que cometem o crime de tortura perdem seu cargo e função pública, tal penalidade é automática, não é facultativa, já que consta na Lei de tortura em seu artigo 1º, §5º.⁹¹

O STJ assim como o STF, esgotam a questão em relação a perda do cargo e função pública em decorrência do crime de tortura, tem caráter obrigatório e automático, não havendo nenhuma exceção que impossibilite a execução dessa penalidade.

PENAL. RECURSO ESPECIAL. TORTURA. LEI Nº 9.455/97. PERDA DO CARGO PÚBLICO. EFEITO AUTOMÁTICO E OBRIGATÓRIO DA CONDENAÇÃO. DESNECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA.

A Lei nº 9.455/97, em seu art. 1º, § 5º, evidencia que a perda do cargo público é efeito automático e obrigatório da condenação pela prática do crime de tortura, sendo desnecessária fundamentação específica para tal. (Precedentes). Recurso provido.

(REsp 1028936/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/12/2008, DJe 16/02/2009)

O entendimento atual dos Tribunais Superiores, sobre a fixação do regime inicial de prisão, é que se deve respeitar o princípio constitucional da individualização da pena, em todos os crimes, independentemente de ser hediondo ou não.

Quanto a essa discussão já é pacífico o entendimento que a fixação do regime inicial, não se prenderá somente ao princípio da legalidade, ou seja,

⁹¹ AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. LEI N. 9.455/97. CRIME DE TORTURA. CONDENAÇÃO QUE IMPLICA NA PERDA DO CARGO OU FUNÇÃO PÚBLICA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. O acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido que é permitida a decretação de perda do cargo ou função pública, no caso de condenação por crime de tortura [art. 1º, § 5º, da Lei n. 9.455/97]. 2. Não se confunde decisão contrária ao interesse da parte com negativa de prestação jurisdicional. 3. Reexame de fatos e provas. Inviabilidade do recurso extraordinário. Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.(AI 748600 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe-148 DIVULG 06-08-2009 PUBLIC 07-08-2009 EMENT VOL-02368-24 PP-05014)

respeitando a letra da lei de forma literal, mas também os demais princípios constitucionais e a lei ordinária penal.

A declaração de inconstitucionalidade foi feita de forma incidental, ou seja, em sede de controle difuso no julgamento de um habeas corpus. Dessa forma, em tese, essa declaração de inconstitucionalidade não possui eficácia erga omnes nem efeitos vinculantes. Com essa decisão todos os demais juízos vão ter que se curvar ao entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Fixado o regime inicial fechado com base no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, posteriormente declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (HC 111.840/ES, julgado em 27/6/2012), cabe ao Juízo da Execução, tendo em vista o trânsito em julgado da condenação, reavaliar os elementos concretos dos autos, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, para verificar qual o regime inicial adequado para o paciente. Precedentes: AgRg no HC n. 257.178/SP, Relatora Ministra Assusete Magalhães, 6ª Turma, DJe 23.9.2013; HC n. 226.064/DF, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJe 24.4.2013” (STJ, HC 307.902/SP, 6ª T, rel. Min. Ericson Maranhão, j. 16-12-2014, DJe de 3-2-2014; STJ, HC 288.376/SP, 6ª T, rela. Mina. Marilza Maynard, j. 18-8-2014, DJede25-8-2014)

Para finalizar este trabalho, e deixar clara a inconstitucionalidade do regime inicial fechado de forma taxativa no crime de tortura, segue abaixo ementa do Recurso Especial 1.299.787-PR, da Quinta Turma, cuja relatora foi a Ministra Laurita Vaz, julgado em 13/5/2014.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. PENAL. TORTURA. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. PLEITO DE ESTABELECIMENTO DE REGIME MENOS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME SEMIABERTO QUE SE IMPÕE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na

Constituição da República. 2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do habeas corpus em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade. 3. É flagrante o constrangimento ilegal em relação à fixação do regime inicial fechado com base no art. 1.º, § 7.º, da Lei de Tortura. 4. Com a declaração pelo Pretório Excelso da inconstitucionalidade do regime integral fechado e do § 1.º do art. 2.º da Lei de Crimes Hediondos, com redação dada pela lei n.º 11.464/2007 – também aplicável ao crime de tortura –, o cumprimento da pena passou a ser regido pelas disposições gerais do Código Penal. Porém, consideradas desfavoráveis as circunstâncias judiciais do caso concreto, cabível aplicar inicialmente o regime prisional semiaberto, atendendo ao disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. 5. Writ não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto. (REsp 1.299.787-PR, Quinta Turma, DJe 3/2/2014. HC 286.925-RR, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 13/5/2014.)

A Ministra em sua decisão aproveita para manifestar a flagrante ilegalidade em relação à fixação do regime inicial fechado com base no artigo 1º, § 7º, da Lei de Tortura. Explicita em sua decisão o entendimentos STF, que declara incidentalmente inconstitucional o § 1.º do art. 2.º da Lei de Crimes Hediondos, usando como analogia para o crime de tortura, já que o mesmo são da mesma natureza, ou seja, hediondos. Aplicando o regime semiaberto, como inicial.

Conclusão

Este trabalho tem como fundamento a execução penal do crime de tortura, onde foram abordados todos os aspectos relevantes em relação à tortura e sua criminalização.

As legislações que dispunham sobre o crime de tortura, em nada falavam sobre sua execução, salvo quando editada a Lei de Crimes Hediondos, onde dentre os crimes elencados na lei estava o de tortura.

A execução penal do crime de tortura na Lei de crimes Hediondos se dava com o regime integralmente fechado e a vedação de progressão de regime, além de outras peculiaridades.

Com a edição da Lei de Tortura que tem o seu texto somente direcionado a conduta ilícita da tortura, a execução é mais branda, dando o direito à progressão de regime e impõe o cumprimento da pena em regime inicial fechado, independentemente da quantidade de pena que foi aplicada ao condenado.

Sendo a tortura um crime de natureza hedionda, as jurisprudências começaram a aplicar por analogia as regras de execução mais brandas para os demais crimes, também de natureza hedionda, com a justificativa de que a forma de execução penal imposta pela Lei de Crimes Hediondos infringir os princípios constitucionais da individualização da pena, isonomia e humanização da pena.

Com tais alegações foi editada a Lei 11.467 de 2007, que revoga os artigos da Lei de crimes Hediondos que dispunham sobre a execução penal dos crimes hediondos, ficando permitida a progressão de regime e vedado o regime integralmente fechado e obrigando o cumprimento da pena em regime fechado, assim como na Lei de Tortura.

Diante de tais mudanças nas Leis que tratam de crimes de natureza hedionda, incluindo a Lei de Tortura, a questão em discussão neste trabalho é

a inconstitucionalidade do regime inicial fechado, que viola os princípios da individualização da pena, isonomia, proporcionalidade, todos considerados como princípios constitucionais.

Conforme as pesquisas feitas, a doutrina de modo geral é extremamente favorável ao cumprimento da pena aplicável ao condenado por crime de tortura em regime inicial fechado, fundamentando esse entendimento na Constituição Federal, que determina um tratamento diferenciado e mais severo aos condenados pelos crimes de natureza hedionda, que é o caso da tortura.

Contudo, alguns magistrados vêm aplicando regimes iniciais mais brandos aos condenados pelos crimes hediondos e seus equiparados, como é caso do crime de Tortura, tendo como justificativa a violação de princípios constitucionais.

Tal entendimento foi exposto em julgamento de um Habeas Corpus pelo Ministro do STF, Gilmar Mendes, que determinou o cumprimento da pena em regime inicial aberto a um condenado pelo crime de tráfico de drogas que é equiparado ao crime de tortura, pois tratam de crimes de natureza hedionda, ressaltando que cada juiz deve aplicar o regime inicial que achar necessário, de acordo com cada caso, e que devem ser superados os dispositivos que vão a desacordo com a Constituição Federal.

Contudo, em 2012, o STF declarou incidentalmente a inconstitucional o § 1.º do art. 2.º da Lei de Crimes Hediondos e seus equiparados, justificando a decisão como uma afronta ao princípio constitucional da individualização da pena.

Tornando pacífica a inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime inicial fechado aos crimes hediondos e equiparados, em 2014, a Ministra Laurita Vaz, julga o Recurso Especial 1.299.787-PR, declarando como uma afronta a legalidade o artigo 1º, § 7º, da Lei de Tortura, usando como analogia

entendimento do STF. Aplicou o regime inicial semiaberto ao condenado pelo crime de tortura.

Referências

A. P. Grinover, **Execução Penal, Série Estudos Jurídicos 3**, São Paulo: Ed. Max Limonad, p. 7.

A.P. Grinover, **As Nulidades no Processo Penal**, 5ª Ed, São Paulo: Malheiros Editores, 1996, P. 255.

Alvim, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: Forence, 2007, p237.

AMARAL. **CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS: REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA**, 2011, Fabíola Amaral Juíza de Direito - São Paulo. Disponível em [<http://juizafabiolaamaral.blogspot.com>]. Acesso em 20.set.2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BORGES, José Ribeiro. **Tortura**. 1ª ed. Campinas - SP: Romana Jurídica, 2004, p. 145.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **DECRETO No 40, DE 15 DE FEVEREIRO DE 1991**. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm> Acesso em: 27.11.2015.

BRASIL. **Lei 9.455/97, de 07.04.1997**. Dispõe sobre o Crime de Tortura. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9455.htm>> Acesso em: 05.06.2011.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o estatuto da Criança e do adolescente e dá outras providências. Diário oficial da república federativa do brasil. Brasília, 13 jul. 1990.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **A definição do crime de tortura no ordenamento jurídico penal brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1789, 25 maio 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11304>>. Acesso em: 13 abr. 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria constitucional**. 4 Ed. Coimbra: Almedina, 2000. P. 447.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Legislação Penal Especial**. Editora Saraiva. São Paulo, 2010.

COIMBRA, Cecília Maria B. **Tortura no Brasil como herança cultural dos períodos autoritários**.

COIMBRA, Mário. **Tratamento do Injusto Penal da tortura**. São Paulo: RT, 2002.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico. Volume 1**, 10^a edição, Rio de Janeiro: Forense, 1987, p209 e 774.

Dias, Jorge Figueiredo. **Direito Penal 2, Parte Geral – “As Conseqüências Jurídicas do Crime** , Coimbra, 1988, p. 299, textos da Faculdade de Coimbra”.

FRANCO, Alberto Silva. **Comentários à lei dos crimes hediondos**. São Paulo: RT, 1994, p. 51.

FRANCO, Alberto Silva. **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 583.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 5^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. P. 64.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos: anotações sistemáticas à Lei 8.072/90**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.162

GOMES, Luiz Flávio. **Funções da pena no Direito Penal brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1037, 4 maio 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8334>>. Acesso em: 30 ago. 2011.

HASSEMER, W. Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2^o ed., München, 1990 (existe una traducción de la 1^a ed. de F. MUNOZ CONDE Y L. ARROYO ZAPATERO. **Fundamentos del derecho penal**, Barcelona, 1984, p. 279

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal** , vol. IX. Rio de Janeiro: Forense. 1958. p.144.

JURICIC, Paulo. **Crime de Tortura**. 2^a ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. P. 75.

KUEHNE, Maurício. **Lei de execução penal Anotada**. Curitiba: Juruá. 1999, p47.

Lima, Roberto Gomes. **Teoria e prática da execução penal** – Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 13.

LÚCIO, Carlos Vicente. **Crimes Hediondos**. São Paulo: Edipro, 1999 p. 31.

MACHADO, Vitor Gonçalves. **Considerações sobre os princípios informadores do direito da execução penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2435, 2 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14432>>. Acesso em: 23 ago. 2011.

Marcão, Renato Flávio. **Curso de execução penal**. São Paulo: Saraiva, 2004, p.1.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 97 e 98.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 339/340.

Mesquita Júnior, Sidio Rosa de. **Execução Criminal**, 5 Ed. – São Paulo: Atlas, 2007.

Michel FOUCAULT, **Vigiar e Punir**, Petrópolis, RJ: Vozes, p. 11-61.

MIRABETE, Juilo Fabbrini. **Processo Penal**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 1993. p.51.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 19. ed. rev. e atual São Paulo: Atlas, 2003-2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal: comentários a Lei nº 7.210/84** – 11 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MISAKA. **LEI 8.072/90 E REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA**, 2011, Marcelo Misaka. Disponível em [<http://marcelomisaka.wordpress.com>]. Acesso em 19.set.2011.

MORAES, Alexandre de, **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1997. P. 229.

Nogueira, Paulo Lúcio, **Comentário à lei de execução penal** – 2ª Ed – São Paulo: Saraiva, 1994.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1996, p7.

NORONHA, Edgard de Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p.325.

NUNES, Pedro. **Dicionário de tecnologia jurídica**. 13. ed. rev., ampl. e atual. Por Artur Rocha. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 475.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional** São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 47 – 58.

Prado, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro – 7 ed.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 145.

Relatório da ONU sobre tortura no Brasil, 2001, parágrafo 17. Disponível em: {<http://www.mndh.gov.br>}. Acesso em 13.abr.2011.

Rosa, Antonio José Miguel. **Execução Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p.12.

ROZA, Adriana de Andrade, **Tortura: súmula 698 do STF**. Recife: Nossa Livraria, 2004, p.53-55.

SANTOS, Paulo Fernando dos. **Aspectos práticos de execução penal**. São Paulo. Editora Leud, 1998, p.13.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**.36ªed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 69.

SILVA, José Geraldo da. **A Lei da Tortura Interpretada**. São Paulo: Bookseller, 1999, p. 51-52.

SKNICK, Valdir. **Tortura**. São Paulo: Leud,1998, p.98.

TEIXEIRA, Flávia Camello. **Da Tortura**. Belo Horizonte. Del Rey, 2004.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal - 5º Edição - Ano 1994**, p.12-13.

TRINDADE, A. A. Cançado, **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**, vol. III, Porto Alegre: S.A. Fabris Ed., 2003, p. 77.

VERRI, Pietro. **Observações sobre a Tortura**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 23.