

**FACULDADE DOCTUM DE JOÃO MONLEVADE  
ROMÁRIO DE SOUZA CAMARGO**

**ANÁLISE DE CONSTITUCIONALIDADE DA PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA POR  
INFRAÇÃO À LEI 9.455/97**

**João Monlevade  
2017**

**ROMÁRIO DE SOUZA CAMARGO  
FACULDADE DOCTUM DE JOÃO MONLEVADE**

**ANÁLISE DE CONSTITUCIONALIDADE DA PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA POR  
INFRAÇÃO À LEI 9.455/97**

**Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Curso de Direito da  
Faculdade Doctum de João Monlevade,  
como requisito parcial à obtenção do  
título de Bacharel em Direito.**

**Área de Concentração: Direito Penal**

**Prof. Orientador: Dr. Alberto Gomes  
Vieira**

**João Monlevade  
2017**



FACULDADE DOCTUM DE JOÃO MONLEVADE

## FOLHA DE APROVAÇÃO

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: ANÁLISE DE CONSTITUCIONALIDADE DA PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA POR INFRAÇÃO À LEI 9.455/97, elaborado pelo aluno ROMÁRIO DE SOUZA CAMARGO foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da Faculdades Doctum de João Monlevade, como requisito parcial da obtenção do título de

**BACHAREL EM DIREITO.**

João Monlevade, 11 de dezembro de 2017

---

Alberto Gomes Vieira

Prof. Orientador

---

Renata Martins de Souza

Prof. Examinador 1

---

Fabiano Thales de Paula Lima

Prof. Examinador 2

Dedico á minha família e amigos,  
pessoas estas que foram fundamentais  
para mais esta conquista.

## **AGRADECIMENTOS**

Chegar até aqui não foi fácil, alguns chamam de sorte, mas eu tenho certeza que foi Deus. Obrigado Senhor, por nunca me fazer desistir, por ser meu escudo, minha luz e minha fortaleza. Agradeço a minha mãe Rosângela, que se fez presente em cada tropeço, cada batalha travada até a chegada. Agradeço aos meus irmãos Leonardo e Fabrício que estiveram ao meu lado dando forças nos momentos mais difíceis dessa longa estrada. Agradeço a minha amada Ana Carolina que sempre incentivou, não desistiu do meu sonho, esteve comigo mesmo de longe sendo o suporte necessário, sem você isso não seria possível. Agradeço em especial ao Professor Alberto Gomes Vieira que indicou com maestria o melhor caminho a seguir para atingir o êxito neste trabalho. Enfim, agradeço a todos aqueles que de forma direta ou indireta contribuíram para a realização deste sonho.

“Consagre ao Senhor tudo o que você faz, e os seus planos serão bem-sucedidos.”

Provérbios 16:3

## RESUMO

A análise de constitucionalidade da aplicação da perda da função pública em caso de violação da Lei de Tortura tem o condão de demonstrar que a aplicação da lei penal tem sido imputada de forma desmedida em determinados casos. Há assim, uma seletividade no dever punir, em que determinadas situações ou pessoas são punidas de forma mais rigorosa pelo Poder Judiciário, o problema maior dessa generalização da punição é a inobservância dos Princípios e Normas Constitucionais, que deveriam ser observadas pelo órgão julgador na análise de cada caso concreto. A Lei 9.455/97 é um exemplo crasso de como os magistrados estão violando os preceitos constitucionais no julgamento de suas demandas, e o mais interessante é que o próprio Supremo Tribunal Federal, órgão responsável pela salvaguarda da Constituição Federal, está interpretando o texto da Carta Magna como se não houvesse a literalidade da Lei. Decifrando-a de forma totalmente contrária a legalidade tipificada. Assim, o presente trabalho demonstrará mediante uma pesquisa focada nos estudiosos a cerca do tema e das decisões exaradas pelas cortes brasileiras a incoerência existente na aplicação da norma penal no que concerne à efetivação da perda da função pública aos condenados por infração à Lei 9.455/97.

**Palavras-chave:** Constituição Federal. Constitucionalidade. Seletividade. Princípios. Salvaguarda.

## **ABSTRACT**

The analysis of the constitutionality of the application of the loss of the civil service in case of violation of the Torture Law has the power to demonstrate that the application of the criminal law has been immeasurably imputed in certain cases. There is thus a selectivity in the duty to punish, in which certain situations or persons are punished in a more rigorous way by the Judiciary, the greater problem of this generalization of the punishment is the nonobservance of the Constitutional Principles and Norms, that should be observed by the judge body in the analysis of each specific case. Law 9.455/97 is a crass example of how magistrates are violating constitutional precepts in the judgment of their claims, and the most interesting is that the Federal Supreme Court itself, the body responsible for safeguarding the Federal Constitution, is interpreting the text of the Charter Magna as if there was no literality of the Law. Deciphering it in a totally contrary to the legality typified. Thus, the present work will demonstrate, through a research focused on the subject and the decisions made by the Brazilian courts, the incoherence existing in the application of the penal norm in relation to the effectiveness of the loss of the public function to the convicted ones for infraction to the Law 9.455 / 97.

**Key words:** Federal Constitution. Constitutionality. Selectivity. Principles. Safeguard.



## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>2</b>	<b>CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DIREITO PENAL.....</b>	<b>12</b>
<b>2.1</b>	<b>Abolição da tortura como Direitos Humanos.....</b>	<b>13</b>
<b>2.</b>	<b>Tratamento da tortura na Constituição Federal de 1988.....</b>	<b>15</b>
<b>3</b>	<b>LEI 9.455/97 DEFINE O CRIME DE TORTURA.....</b>	<b>18</b>
<b>4</b>	<b>DOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO.....</b>	<b>21</b>
<b>4.1</b>	<b>Efeitos da condenação na Lei 9.455/97.....</b>	<b>21</b>
<b>4.2</b>	<b>Efeitos da condenação no Código Penal.....</b>	<b>22</b>
<b>5</b>	<b>PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA APLICAÇÃO DA PENA.....</b>	<b>26</b>
<b>5.1</b>	<b>Princípio da individualização da pena.....</b>	<b>26</b>
<b>5.2</b>	<b>Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa.....</b>	<b>28</b>
<b>5.3</b>	<b>Princípio da motivação dos atos judiciais.....</b>	<b>32</b>
<b>6</b>	<b>A SITUAÇÃO DOS MILITARES PERANTE A LEI 9.455/97.....</b>	<b>36</b>
<b>6.1</b>	<b>Impactos da Lei n. 13.491/17.....</b>	<b>37</b>
<b>6.2</b>	<b>Propostas do Legislativo.....</b>	<b>38</b>
<b>7</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>40</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>41</b>



## 1 INTRODUÇÃO

O estudo sobre a constitucionalidade da perda da função pública por infração à Lei 9.455/97, atual Lei de Tortura, é muito importante, pois tal medida tem sido tomada pelo Poder Judiciário Brasileiro e, conseqüentemente, impactado o contexto social.

O problema que ocorre com a legislação brasileira é a falta de precisão em suas normas, o que possibilita margem a diversas interpretações conflitantes sobre o mesmo tema, possivelmente é neste ponto que se encontra o verdadeiro valor do operador do direito. Mas qual seria o sentido da interpretação da norma possibilitar danos maiores do que aqueles que o próprio Direito Penal poderia causar?

A Constituição Federal Brasileira é fundada com base em princípios norteadores que tem o objetivo de demonstrar ao legislador quais caminhos deve observar a fim de que possa legislar, busca-se assim, evitar que posteriormente, uma norma com validade jurídica venha a ser declarada inconstitucional, gerando, portanto, insegurança jurídica de ordem constitucional.

Da mesma forma, o julgador ao tomar suas decisões deverá observar os preceitos constitucionais, os quais devem ser analisados como o caminho a percorrer, com fito de melhor aplicar os dispositivos legais, mesmo sendo possuidor do livre convencimento para decidir a lide desde que motivadamente, carecerá nortear-se pelos princípios constitucionais basilares para evitar o cometimento de abusos e desvios de finalidade da aplicação jurisdicional.

Trata-se, portanto, de um equívoco cometido pelo Legislador quando da redação da legislação, bem como de uma interpretação equivocada do texto legal pelas Cortes da Justiça Brasileira, o que infelizmente, causa um efeito em cadeia nos diversos Tribunais de Justiça espalhados pelo Brasil.

Este trabalho tem como objetivo geral analisar a constitucionalidade da aplicação da perda da função pública aos condenados pela prática do crime de tortura, desta forma, estabeleceu-se os seguintes objetivos específicos: analisar a importância dos princípios constitucionais no âmbito da aplicação penal; demonstrar o erro cometido pelo legislador ao produzir a Lei 9.455/97; indicar a violação de princípios constitucionais e processuais penais quando da aplicação da referida lei; avaliar o entendimento dos Tribunais Superiores sobre o tema proposto.

A relevância do presente estudo decorre, diretamente, do fato de que a interpretação equivocada da norma traz consequências devastadoras para a sociedade, na medida em que a justiça não tem sido efetivamente erigida, o que proporciona um sentimento de que o direito só é aplicável a determinados tipos de situações.

A pesquisa está fundamentada nas teorias de Rogério Greco, Fernando Capez, Renato Brasileiro, Fernando Martins Alves Nunes, Gilmar Mendes, e outros. Em relação à legislação, foi utilizada como base do estudo a Constituição Federal de 1988, o Decreto – Lei 2.848/40, atual Código Penal Brasileiro, o Decreto – Lei 3.689/41, atual Código de Processo Penal Brasileiro, a Lei 9.455/97, Lei de Tortura, bem como a Lei 13.491/17 que traz alterações no Código Penal Militar.

A metodologia utilizada é basicamente explicativa, na qual se lançará mão da pesquisa bibliográfica com objetivo de demonstrar o posicionamento dos diversos especialistas no assunto para que seja compreendida a sistemática jurídica face aos princípios aplicáveis ao Direito Penal, com especial atenção à aplicação da pena.

Será utilizada também a análise jurisprudencial com o fim de visualizar o posicionamento da justiça contrário ao texto constitucional nas interpretações das leis extravagantes, em especial no que concerne à Lei 9.455/97.

O presente trabalho está estruturado em sete seções. Na primeira seção introdutória foram apresentados o problema central, o objetivo geral e os específicos, a delimitação da pesquisa, bem como os elementos necessários, além de algumas definições essenciais, de modo a permitir a adequada compreensão do tema e de sua relevância.

Na segunda seção será abordado o tema da Constituição e Direito Penal, sintetizando a relação entre os dois ramos do direito. Em seguida, será demonstrada a evolução histórica da prática da tortura e a consequente inserção do tema como direitos humanos.

A terceira seção analisará a legislação criminal referente à prática da tortura, onde se abordará alguns conceitos básicos sobre a conduta não permitida pela legislação passível de punição pelo Poder Estatal.

A quarta seção abordará os efeitos da condenação, tanto no âmbito do Código Penal, bem como da Lei 9.455/97, demonstrando as diferenças entre cada legislação e a incoerência que existe na interpretação da norma.

A quinta seção indicará o tema dos princípios constitucionais que deveriam ser observados pelo Poder Judiciário na aplicação da lei penal, onde se fará um paralelo entre conceito dos princípios e a não observação pelos magistrados quando da aplicação da pena.

A sexta seção observará a situação dos militares, sujeitos a um regime jurídico próprio, em seguida, será pontuada a recente Lei 13.491/17 e os impactos que suas disposições causarão ante a incompetência legal da justiça comum julgar os crimes de tortura praticados por militares no exercício da função. “A posteriori”, serão analisados alguns projetos que tramitam na Câmara dos Deputados que prevêm a alteração da Lei 9.455/97 especificamente em relação à perda da função pública.

Por fim, mas não menos importante, a sétima seção fará a conclusão do presente trabalho, com posicionamento a cerca do tema, tendo em consideração todo o conteúdo utilizado na pesquisa e quais as perspectivas de melhora na aplicação da Lei 9.455/97.

## 2 CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DIREITO PENAL

A Constituição Federal Brasileira de 1988 é o regramento geral de maior importância no sistema jurídico nacional. De certo que, em um plano jurisdicional em que se tem uma gama enorme de normas reguladoras da vida humana, haverá sempre de ter-se um paradigma que possa nortear a aplicação das diversas normas de um sistema jurídico.

Assim, é de extrema importância que a legislação infraconstitucional respeite todos aqueles preceitos básicos que são indicados pela lei maior, evitando, deste modo, os desvios de interpretação que possam findar em insegurança jurídica e prejuízo à sociedade que a ela está submetida.

O Direito Penal como “*ultima ratio*”, expressão do poder repressivo estatal possui diversos princípios que regem a sua aplicabilidade, estando, portanto, necessariamente dentro do contexto constitucional. Pode-se citar, por exemplo, o Direito Garantista expresso pelo próprio texto Constitucional com vistas a evitar que o Estado não tenha limites em seu poder punitivo, dentre os quais é importante citar o princípio da inocência, do qual se extrai que o acusado só poderá ser preso após sentença penal condenatória transitada em julgado. Temos assim, a presença do Garantismo Penal, que tem por escopo garantir ao acusado todos os direitos que lhe são suscetíveis.

Dentro desse contexto ainda, existe o princípio da individualização da pena, que demonstra que todo aquele que esteja sujeito às iras da aplicação da pena deve tê-la individualizada, não podendo por nenhum pretexto, ser tratado de igual forma que qualquer outro acusado, devendo então ser julgado conforme sua própria culpabilidade.

É notório que todo o sistema jurídico brasileiro está submetido às regras constitucionais, materializado no sentido da justiça sob o prisma de que os fins não justificam os meios, impondo a toda função estatal limites de ordem constitucional em sua atuação face ao grande clamor da sociedade por uma justiça que seja efetiva, mas que não seja arbitrária, que cumpra seu papel como reguladora da vida em sociedade, mas sem exceder seu poder de punir.

Apesar de toda essa rigidez constitucional, de todo esse contexto no qual o Estado deve seguir as normas e os princípios insculpidos na Carta Constitucional,

não raras vezes, depara-se com várias legislações criadas pelos representantes do povo contrárias aos preceitos constitucionais, não diferente disso, há vários julgados das Cortes Superiores que vão de encontro com o que preceitua a Constituição Federal Brasileira.

## **2.1 Abolição da Tortura como Direitos Humanos**

A tortura sempre foi utilizada como meio de submissão e respeito, com seus registros ainda dos primórdios das sociedades. O passar do tempo trouxe mudanças radicais no contexto histórico e social devido à maneira com que o processo de evolução social foi necessitando de uma crescente igualdade. Já não era admitida a força bruta e a submissão da sociedade aos caprichos e abusos cometidos pelo Estado em desfavor de uma sociedade que tinha como objetivo manter os luxos do poder dominante.

As revoluções que aconteceram tanto nos Estados Unidos quanto na França, foram o início da quebra do paradigma de supremacia total do Estado, que usava sua força para submeter à sociedade o seu domínio, em especial, com a violação de direitos.

A esse aspecto, especifica André de Carvalho (2017, p. 38).

A declaração Francesa dos Direitos do Homem e do cidadão proclamou os direitos humanos a partir de uma premissa que permeará os diplomas futuros: todos os homens nascem livres com direitos iguais. Há uma clara influência jusnaturalista, pois, já no seu início, a Declaração menciona “os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem”. São apenas dezessete artigos, que acabaram sendo adotados como preâmbulo da Constituição Francesa de 1791 e que condensam várias idéias depois esmiuçadas pelas Constituições e tratados de direitos humanos posteriores, como, por exemplo: soberania popular, sistema de governo representativo, igualdade de todos perante a lei, presunção de inocência, direito à propriedade, à segurança, liberdade de consciência, de opinião, de pensamento, bem como o dever do Estado Constitucional de garantir os direitos humanos. Esse dever de garantia ficou expresso no sempre lembrado artigo 16 da declaração, que dispõe: “toda sociedade onde a garantia os direitos não esta assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”.

As revoluções e a Declaração de Direitos das duas nações, Estados Unidos e França, foram de extrema importância para constitucionalização no mundo inteiro. Após as revoluções que se seguiram, os países se uniram na criação da

Organização das Nações Unidas, fundada no final da Segunda Guerra Mundial e um dos seus objetivos era justamente a garantia dos Direitos Humanos.

Em 1948, em Assembleia Geral, foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que possui trinta artigos, nos quais estão sedimentados os direitos essenciais de todo ser humano e, especificamente, em seu artigo quinto, a Carta estabelece que “ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”. Assim, estabeleceu-se o início à proibição da prática de tortura, erigindo tal proibição como direito humano de todos.

Este pensamento influenciaria, portanto, a maioria das constituições do mundo moderno. A ótica da prevalência dos Direitos Humanos assim como a separação do Estado em três poderes, cada qual com sua atribuição, são fundamentos constitucionais de uma democracia sólida e eficaz, em especial a atual Constituição Brasileira de 1988.

Em 10 de dezembro de 1984, na cidade de Nova Iorque, foi adotada a Convenção contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, que instituiu vários artigos em seu texto dando aos Estados, diretrizes a serem cumpridas na prevenção e repressão a prática da tortura. A convenção especifica o que caracteriza tortura, “qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa, com fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; ou para castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido, ou seja, suspeita de ter cometido; ou para intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência”.

Na esteira lição de Carvalho Ramos (2017, p. 192).

Assim, para a Convenção, há quatro elementos definidores do conceito de tortura (I) natureza do ato; (II) dolo do torturador; (III) finalidade e (IV) envolvimento direto ou indireto de agente público. Quanto à natureza, há vários tipos de atos, tanto comissivos quanto omissivo, que podem caracterizar a tortura pelo grau de sofrimento físico e mental. A prática internacional reconhece, inclusive que as ameaças e o perigo real de submeter determinada pessoa ou seus familiares a tortura caracterizam, por sua vez, tortura psicológica, que também é proibido pelo Direito internacional. Por outro lado, atos omissivos, como a privação do sono, alimento, água etc., podem caracterizar tortura. Já quanto ao dolo do torturador, a mera negligência não seria suficiente para caracterizar a tortura, pois se exige que o agente queira o resultado ou assumo o risco de produzi-lo (dolo eventual). Quanto à finalidade, a Convenção traz quatro



objetivos visados pelo torturador: obter informação ou confissão; punição; intimidação; coação; e por qualquer outro motivo baseado em discriminação de qualquer espécie. Finalmente, quanto ao envolvimento de agente público, a Convenção exige que haja, no mínimo, a sua instigação ou ainda que o particular aja com o consentimento ou aquiescência do agente público.

Tal documento foi assinado pelo Brasil em 23 de setembro de 1985, onde o Brasil se comprometeu a seguir as suas disposições e, em 23 de maio de 1989, foi aprovado pelo Congresso Nacional, promulgado por meio do Decreto n. 40, de 15 de fevereiro de 1991. Os dispositivos assegurados pela Convenção seriam determinantes e serviriam de norte para as futuras legislações brasileiras sobre a prática da tortura.

Note-se que a Convenção exigia que houvesse envolvimento de um agente público para a caracterização da tortura, no mínimo com a instigação, ou que o particular aja com o consentimento ou aquiescência do agente público, o que não acontece com a atual legislação brasileira, que estabeleceu o crime de tortura como impróprio, podendo ser praticado por qualquer pessoa, seja agente público ou não, não exigindo sequer a atuação de agente público. Isso demonstra que o intuito maior de tal convenção era frear os abusos da atuação estatal, cometidos pelos seus agentes.

## **2.2 Tratamento da tortura na Constituição Federal de 1988**

A atual Constituição Federal de 1988, considerada como a constituição cidadã, incluiu em seu texto a vedação à tortura nos moldes da Declaração Universal dos Direitos Humanos. O art. 5º, III, da CF/88 estabelece como direito fundamental que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Chancela-se assim o direito humano da proteção à integridade física e psicológica a todos os que estão no território nacional, com a vedação constitucional da prática de tortura, em claro preceito de preservação da dignidade de pessoa humana.

Em seguida, a própria carta constitucional define em seu inciso XLIII, art. 5º, que a tortura é assemelhada a crime hediondo ao especificar sê-los insuscetíveis de graça e anistia, bem como inafiançáveis nos termos da Lei. Isso demonstra a

importância de que a prática do citado delito seja punida de forma mais rígida, pois tamanha é a gravidade do ato praticado.

Assim ensina Flávio Martins Alves Nunes (2017, p. 842).

A Constituição Federal não se limitou a fixar a dignidade da pessoa humana como um dos principais fundamentos da República. No artigo 5º, III, estabeleceu que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Malgrado todos os direitos fundamentais tenham uma ligação com a dignidade da pessoa humana, sendo normalmente dela corolários, alguns têm uma relação estreita, uma proximidade umbilical. É o caso do artigo 5º, III, da Constituição Federal. O tratamento digno e a prática da tortura são noções diametralmente opostas. Além do artigo 5º, III a Constituição Federal voltará a tratar da tortura no inciso XLIII, vedando ao crime de tortura, assim como a outros crimes, a fiança, a anistia e a graça.

Desse modo, não é difícil vislumbrar que o objetivo maior da Constituição em adotar a vedação da prática da tortura como direito fundamental é justamente assegurar a dignidade da pessoa humana. Passa-se então de preceito de direitos humanos para direito fundamental, estabelecido pelo texto constitucional.

É importante salientar que, mesmo sendo alguns direitos fundamentais considerados não absolutos, ou seja, permite-se a violação em determinadas situações, como o caso do direito a vida que encontra freios em casos de legítima defesa, ou direito à liberdade que pode ser violado caso seja o autor condenado pela prática de crime em que tenha sido decretada pena privativa de liberdade, a vedação da tortura é tido por parte da doutrina pátria como direito inviolável, absoluto, pois não admite violação em hipótese alguma em contraposto ao que acontece em outros países, por exemplo, os Estados Unidos da América onde parte da doutrina admite a prática da tortura em caso de iminência de um atentado terrorista, conforme diz Flávio Martins Alves Nunes (2017, p.846):

Pois bem, nos Estados Unidos admitia-se até a recentemente a técnica de interrogatório chamada *waterboarding*, em casos extremos. No mesmo cenário, a Alta Corte de Justiça de Israel decidiu que não constitui tortura a colocação de sacos na cabeça durante o interrogatório de presos acusados de terrorismo. Nos Estados Unidos, é majoritária a teoria do cenário da bomba relógio, (*Ticking-Time Bomb Scenário* ou *Ticking-Bomb Scenário*), já abordada em dois momentos nessa obra. O princípio visa relativizar a proibição da tortura. Segundo essa teoria, na iminência de explosões que ceifarão a vida de milhões, a dignidade da pessoa humana do terrorista poderá ser violada, para se descobrir o paradeiro dos objetos explosivos. Segundo a doutrina norte-americana, “a possibilidade da admissão da tortura somente seria colocada sobre a mesa se houvesse uma extrema probabilidade de que o torturado possuísse informações valiosas e houvesse risco de um ataque de significativas proporções, ceifando a vida de pessoas inocentes. A execução de uma busca ilegal sobre uma pessoa é presumivelmente inconstitucional, assim como também a tortura, a menos que agente seja informado por uma combinação de probabilidades, que fazem com que seja significativamente provável que o torturado revele

informações sobre intenso, talvez lancinante, dor física ou mental. Tal assunto é pouquíssimo tratado na doutrina brasileira, encontrando fértil doutrina norte-americana, com respectivos comentários de outros países, como em Portugal.

Entretanto, parte da doutrina brasileira não admite a flexibilização de tal direito, é o que ensina Flávio Martins Alves Nunes (2017, p. 846):

Parte da doutrina brasileira admite o caráter absoluto do artigo 5º, III da Constituição Federal, afirmando aprioristicamente que jamais poderá ser admitida uma exceção. É o que faz Uadi Lammêgo Bulos: “Aqui não existe relatividade alguma. O marginal, assaltante, seqüestrador, meliante, corrupto ou monstro da pior estirpe não pode ser torturado com o uso de expedientes psíquicos ou materiais. Aqui o inciso III do art. 5º da Carta Maior consagra, sim, uma garantia ilimitada e absoluta. Do contrário, fulminar-se-ia o Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º), fomentando-se a cultura do ‘olho por olho, dente por dente’. [...] Assim, salvo hipóteses específicas, como a da proibição à tortura, as liberdades públicas possuem limites, não servindo de substrato para a salvaguarda de práticas ilícitas”.

Desse modo, percebe-se que por mais que alguns países admitem a prática da tortura em situações extremas, para o direito brasileiro não há a hipótese de disposição de tal garantia, talvez pela situação do país que não tem histórico de terrorismo como os Estados Unidos, Europa e países do Oriente Médio.

### 3 LEI 9.455/97 DEFINE O CRIME DE TORTURA

No ano de 1997, o Legislativo Brasileiro, então, institui a Lei 9.455/97 que definiu o que seria o crime de tortura e especificou quais condutas seriam passíveis de repressão penal e, portanto, que ação estatal deveria ser aplicada diante das circunstâncias do delito. Algumas considerações sobre a prática de tortura devem ser feitas, sobretudo, em relação às condutas elencadas pelo legislador, e, também, sobre a diferença tênue entre o referido delito e outras condutas.

A Lei supracitada define logo em seu primeiro artigo o que seria, portanto, o crime de tortura e tem a seguinte redação:

Art. 1º Constitui crime de tortura:

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

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

b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;

c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

Pena – reclusão, de dois a oito anos. (BRASIL, 1997).

A doutrina estabelece meios de diferenciação entre cada conduta realizada. Sendo que a alínea *a* define a tortura-prova, a alínea *b* é considerada como tortura para a prática de crime e a alínea *c* é definida como tortura discriminatória.

Assim ensina Victor Eduardo Rios Gonçalves (2017, p. 197):

A tortura-prova está presente quando a intenção do sujeito, ao torturar a vítima, é obter alguma informação, declaração ou confissão desta ou de terceira pessoa (ex.: empregar violência contra o filho para obter declaração dos pais). Pouco importa a natureza da informação visada pelo agente: comercial, criminosa, pessoal etc. O crime de tortura, entretanto, ficará absorvido se constituir meio direto e imediato para a prática de delitos como roubo ou extorsão, como ocorre, por exemplo, quando o agente emprega violência ou grave ameaça para obrigar a vítima a fornecer a senha de seu cartão bancário ou segredo de um cofre (princípio da consunção). A tortura para a prática de crime ocorre quando o torturador usa a violência ou grave ameaça para obrigar a vítima a realizar uma ação ou omissão criminosa. Nesses casos, o agente responderá pelo crime de tortura em concurso material com o delito cometido pela vítima (se este efetivamente ocorrer). Assim, se o agente tortura alguém para obrigá-lo a cometer um furto, será responsabilizado pela tortura e pelo furto. Será responsabilizado pela tortura e pelo furto. A vítima, obviamente, não responderá pelo crime, uma vez que foi coagida a praticá-lo. Antes da lei 9455/97, o agente responderia por furto e por constrangimento ilegal (art. 146 do CP), delito que por ser subsidiário, fica atualmente absorvido pelo delito da lei especial. A presente modalidade do crime de tortura não abrange o emprego de violência ou grave ameaça para a provocação de ação de contravenção, que, assim, continua a caracterizar o constrangimento ilegal em concurso material com a contravenção realizada pela vítima. Nas hipóteses das alíneas “a” e “b”, o crime de tortura consuma-se independentemente de o agente alcançar o objetivo almejado (informação, declaração, confissão ou prática de crime

pela vítima). Na tortura discriminatória, a lei pune o emprego da violência ou grave ameaça motivadas por discriminação racial ou religiosa. Ex.: levado por seu sentimento discriminatório, um grupo de pessoas captura indivíduos da cor negra, leva-os até o local ermo e lhes aplica chicotadas, dizendo que deveriam voltar a ser escravos.

No inciso II da Lei 9.455, temos a conduta de tortura-castigo em que a vítima é submetida a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo, tal conduta muito se assemelha ao crime de maus tratos, sob esse aspecto, ensina o ilustríssimo professor Victor Eduardo Rios Gonçalves (2017, p. 199):

Essa forma de tortura muito se assemelha ao crime de maus tratos (art. 136 do CP). A diferença está no elemento normativo da tortura, existente apenas nesse inciso II, que pressupõe que a vítima seja submetida a intenso sofrimento físico ou mental. A caracterização desse dispositivo, assim, é reservada a situações extremadas. São exemplos: amarrar a vítima e chicoteá-la, trancar criança em ambiente gelado; aplicar ferro em brasa na vítima, queimá-la com cigarro etc.

O § 1º, do artigo 1º, da Lei 9.455/97 define o crime de tortura cometido por “quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal” (BRASIL, 1997). É uma conduta própria, que só pode ser cometida por aquele agente que tem o dever de guarda ou vigilância. Muito se assemelha ao delito de abuso de autoridade, divergindo da citada conduta pela finalidade do delito de tortura que é justamente, causar o sofrimento físico ou mental.

Assim, ensina Vitor Eduardo Rios (2017, p. 200):

Premissa do delito é que a vítima esteja legalmente presa ou sujeita a medida de segurança. Assim, comete o crime quem adota medidas não previstas da Lei de Execuções Penais ou em outras leis similares, como cela escura, solitária, aplicação de choques, sessões de “pau-de-arara” etc. igualmente, comete o crime quem coloca preso em regime disciplinar diferenciado sem prévia determinação judicial.

A figura em análise difere da modalidade de abuso de autoridade, em que a finalidade do agente público é submeter o preso a vexame ou constrangimento (art. 4º, “b”, da Lei n. 4.898/65). No crime de tortura, a finalidade do agente é provocar sofrimento físico ou mental na vítima.

O § 2º da mesma lei estabelece o crime de tortura por omissão, prevendo que aquele que se omite face às condutas da tortura por ação, ou que tenha o dever de apurá-las ou evitá-las, incorre, portanto na pena de detenção de um a quatro anos. Esse dispositivo é importante, pois define a conduta da omissão perante a tortura com uma pena inferior às condutas comissivas, o que é considerado como um erro do legislador por diversos doutrinadores, pois segundo essa corrente não seria

admissível tratar aquele que tem o poder de investigar ou evitar o crime de tortura com uma pena menor.

Seguindo este entendimento, esclarece Vitor Eduardo Rios (2017, p. 202):

Esse dispositivo contém um equívoco, uma vez que tipifica como crime menos grave a conduta de quem tem o dever de evitar a tortura e deixa de fazê-lo. Ora, nos termos do art. 13, §2º, do Código Penal, responde pelo resultado, na condição de partícipe, aquele que deve e pode agir para evitá-lo e não o faz. Por conseqüência, quando uma pessoa tortura a vítima para obter dela uma confissão, e outra, que podia e devia evitar tal resultado, omite-se, ambas respondem pelo crime de tortura do art. 1º, I, "a", da Lei n. 9.455/97 (que é delito mais grave), e não por esse crime descrito no § 2º. Essa solução atende ao preceito constitucional que estabelece que também responde pela tortura aquele que, podendo evitar o resultado, deixa de fazê-lo (art. 5º, XLIII, da CF).

Dessa forma, o § 2º do art. 1 da Lei n. 9.455/97 somente será aplicável àquele que tem o dever jurídico de apurar a conduta delituosa e não o faz. Como tal dever jurídico incumbe às autoridades policiais e seus agentes, torna-se evidente a impossibilidade de aplicação do aumento do § 4º, I, do art. 1º da lei (crime cometido por agente público), já que constituiria *bis in idem*.

Assim sendo, para parte da doutrina a Lei de Tortura deveria estabelecer ao menos uma pena igual ou ainda maior para aquele que se omite diante da conduta comissiva do delito de tortura, justamente por ter essa obrigação legal de investigação e repressão à determinada conduta.

## 4 DOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO

A sentença penal, além de trazer consequências penais, causa ainda consequências no âmbito administrativo e político. O próprio Código Penal Brasileiro traz em seu escopo consequências do edito condenatório transitado em julgado.

A doutrina discorre a esse instituto afirmando que a sentença penal tem consequências que vão além da privação da liberdade, como na visão do emérito professor Cleber Masson (2017, p. 927):

A imposição de sanção penal é, sem dúvida, o efeito precípua da condenação. A circunstância de estar o condenado obrigado a cumpri-la, todavia, não afasta a existência de outros efeitos, de cunho penal ou não, que em determinadas situações obrigatoriamente a ela aderem.

Seguindo esse posicionamento, em interessante análise, estabelece Rogério Greco (2017, p. 815):

A principal e maior consequência do trânsito em julgado da sentença condenatória é, sem dúvida, fazer com que o condenado cumpra a pena determinada. Nas precisas lições de Frederico Marques, “a sentença penal condenatória, impondo ao réu o preceito sancionador na norma incriminadora, tem como efeito principal submeter o condenado à execução forçada. Contudo, tal sentença, além de seus efeitos penais, que se encontram localizados em diversos artigos da legislação penal e processual penal, pode gerar, ainda, outros efeitos, a exemplo de tornar certa a obrigação de reparar o dano causado pelo crime, ou mesmo a de fazer com que o condenado venha a perder o cargo, a função pública ou o seu mandato eletivo.

### 4.1 Efeitos da Condenação na Lei 9.455/97

A atual Lei de Tortura Brasileira, além de definir quais condutas seriam classificadas como tortura, trouxe ainda em seu texto os efeitos que a condenação por essa prática traria ao apenado.

O legislador estabeleceu no § 5º, do art. 1º que a condenação pelos delitos tipificados na referente Lei “acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada”.

Ocorre que, como já exposto anteriormente, a própria Lei em comento estabelece que a prática da tortura concretiza-se tanto em sua forma comissiva quanto omissiva, tratando ambas as condutas de maneira diferente no próprio texto legal, pois estabelece no preceito secundário das condutas penas diferentes. Determinando que na conduta comissiva exista uma pena superior à conduta omissiva, sendo assim, não seria razoável tratar ambas as condutas com a mesma

pena secundária de perda da função pública, pois tal situação deveria ser analisada caso a caso, não permitindo assim a generalização da punição.

Esse tipo de situação enseja em clara violação ao Princípio da Individualização da Pena, princípio que é o cerne da aplicação do Direito Penal Brasileiro. Seguindo este entendimento, estabeleceu o Ministro do STF Sepúlveda Pertence em voto sobre a inconstitucionalidade da obrigatoriedade do cumprimento da pena em regime integralmente fechado aos condenados por crimes hediondos:

[...] Individualização da pena, [...] enquanto as palavras puderem exprimir idéias, é a operação que tem em vista o agente e as circunstâncias do fato concreto e não a natureza do delito em tese.

Estou convencido também de que esvazia e torna ilusório o imperativo constitucional da individualização da pena a interpretação que lhe reduza o alcance ao momento da aplicação judicial da pena, e o pretende, de todo, impertinente ao da execução dela. De nada vale individualizar a pena no momento da aplicação, se a execução, em razão da natureza do crime, fará que penas idênticas, segundo os critérios da individualização, signifiquem coisas absolutamente diversas quanto à sua efetiva execução. (RTJ, 147/608). (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 1993).

## 4.2 Efeitos da condenação no Código Penal

O Código Penal Brasileiro traz em seu texto a previsão de efeitos da condenação que devem ser verificados pelos magistrados quando da efetivação da condenação, da qual não caiba mais recurso. O art. 92 estabelece alguns efeitos específicos, dentre os quais está a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo, entretanto, existem algumas circunstâncias necessárias para que determinada decisão seja tomada, conforme descrito:

Art. 92 - São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública quando a pena aplicada for superior a quatro anos;

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

II - a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado;

III - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.

Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença. (BRASIL, Código Penal Brasileiro, 1940).



Interessa listar nesse trabalho que a perda do cargo ou função pública, salvo raras exceções, em se tratando de Código Penal dar-se-á em condenações cuja pena privativa de liberdade ultrapasse o limite de 04 anos de reclusão, ainda sim, salienta-se que para a efetivação de determinada punição, é necessário que o magistrado demonstre na sentença a motivação para que tal punição seja aplicada, isso é o que define o parágrafo único do art. 92 do Código Penal, em contrário ao que está transcrito na Lei de Tortura em interessante análise, segue entendimento do professor Cleber Masson (2017, p. 933):

Esses efeitos não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença. Conseqüentemente, o magistrado precisa proceder à apreciação da natureza e da extensão do dano, bem como às condições pessoais do réu, para aferir seu cabimento no caso concreto.

Sobre esse aspecto, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça declara em uma das suas decisões:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. HOMICÍDIO SIMPLES. PERDA DO CARGO PÚBLICO. FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Para que seja declarada a perda do cargo público, na hipótese descrita no art. 92, inciso I, alínea b, do Código Penal, são necessários dois requisitos: a) que o quantum da sanção penal privativa de liberdade seja superior a 4 anos; e b) que a decisão proferida apresente-se de forma motivada, com a explicitação das razões que ensejaram o cabimento da medida. 2. Embora o artigo 92, inciso I, alínea b, do Código Penal, não exija, para a perda do cargo público, que o crime praticado afete bem jurídico que envolva a Administração Pública, a sentença condenatória deve deduzir, de forma fundamentada e concreta, a necessidade de sua destituição, notadamente quando o agente, ao praticar o delito, não se encontra no exercício das atribuições que o cargo lhe conferia. 3. No caso em exame, o recorrente, policial civil, foi condenado a 6 anos de reclusão, em regime semi aberto, porque, em local próximo ao bar onde se comemorava a vitória da seleção brasileira de futebol, após desentendimento verbal e agressões físicas contra um grupo de pessoas, efetuou disparo de arma de fogo, ocasionando o óbito da vítima (art. 121, caput, c/c artigo 65, III, letra d, ambos do Código Penal). 4. O juiz de origem, a despeito de considerar todas as circunstâncias favoráveis ao réu, não ofertou motivação suficiente para justificar a necessidade da perda do cargo público, uma vez que se limitou a dizer que "Por fim, nos termos do art. 92, I, letra 'b', do CP, determino, como efeito da condenação, a perda da função pública por parte do réu Wallace." 5. Recurso especial provido, para excluir a perda do cargo público, determinada na sentença condenatória. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça 2014)

Nesta mesma linha de raciocínio, estabelece a Corte do Superior Tribunal de Justiça:

CRIMINAL. HC. HOMICÍDIO TENTADO E CONSUMADO. PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA. OMISSÃO DA SENTENÇA. DECRETAÇÃO PELO E. TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INOCORRÊNCIA. FUNCIONÁRIO PÚBLICO QUE PRATICOU CRIME COMUM. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUPERIOR A QUATRO ANOS. PERDA DO

CARGO. EFEITO DA CONDENAÇÃO. ORDEM DENEGADA. Os efeitos da condenação, dispostos no art. 92 do Código Penal, não possuem incidência automática, razão pela qual, caso o d. Magistrado entenda pela aplicação do mencionado artigo, deve fundamentar devidamente a decisão. Se evidenciado, nos autos, que o d. Julgador de 1º grau não aplicou o efeito da condenação referente à perda da função pública do paciente, é imprópria a alegação de supressão de instância, sendo certo que o momento adequado para análise de questões decididas no decreto condenatório é o da fase recursal. A perda da função pública, como efeito da condenação, decorre do simples fato de sobrevir condenação à pena privativa de liberdade superior a 04 anos – hipótese verificada in casu, independentemente de o delito ter sido praticado no exercício do cargo ou em razão dele. Ordem denegada. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2002, p. 221)

Ocorre que mesmo na própria Lei de Tortura, não há qualquer menção à perda da função pública ocorrer de forma automática, sendo assim, a lei se faz silente, à vista disso, não seria razoável que a interpretação da norma fosse mais gravosa ao condenado, entretanto, não é o que ocorre com o Direito Brasileiro, pois as cortes superiores interpretam que a perda da função pública ocorre de forma automática, com esse entendimento, segue importante decisão exarada pelo Supremo Tribunal de Federal:

CRIME DE TORTURA – CONDENAÇÃO PENAL IMPOSTA A OFICIAL DA POLÍCIA MILITAR – PERDA DO POSTO E DA PATENTE COMO CONSEQUÊNCIA NATURAL DESSA CONDENAÇÃO (LEI Nº 9.455/97, ART. 1º, § 5º) – INAPLICABILIDADE DA REGRA INSCRITA NO ART. 125, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO, PELO FATO DE O CRIME DE TORTURA NÃO SE QUALIFICAR COMO DELITO MILITAR – PRECEDENTES – SEGUNDOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO – PRETENSÃO RECURSAL QUE VISA, NA REALIDADE, A UM NOVO JULGAMENTO DA CAUSA – CARÁTER INFRINGENTE – INADMISSIBILIDADE – PRONTO CUMPRIMENTO DO JULGADO DESTA SUPREMA CORTE, INDEPENDENTEMENTE DA PUBLICAÇÃO DO RESPECTIVO ACÓRDÃO, PARA EFEITO DE IMEDIATA EXECUÇÃO DAS DECISÕES EMANADAS DO TRIBUNAL LOCAL – POSSIBILIDADE – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONHECIDOS. TORTURA – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM – PERDA DO CARGO COMO EFEITO AUTOMÁTICO E NECESSÁRIO DA CONDENAÇÃO PENAL . - O crime de tortura, tipificado na Lei nº 9.455/97, não se qualifica como delito de natureza castrense, achando-se incluído, por isso mesmo, na esfera de competência penal da Justiça comum (federal ou local, conforme o caso), ainda que praticado por membro das Forças Armadas ou por integrante da Polícia Militar. Doutrina. Precedentes. - A perda do cargo, função ou emprego público – que configura efeito extrapenal secundário – constitui consequência necessária que resulta, automaticamente, de pleno direito, da condenação penal imposta ao agente público pela prática do crime de tortura, ainda que se cuide de integrante da Polícia Militar, não se lhe aplicando, a despeito de tratar-se de Oficial da Corporação, a cláusula inscrita no art. 125, § 4º, da Constituição da República. Doutrina. Precedentes. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – UTILIZAÇÃO PROCRASTINATÓRIA – EXECUÇÃO IMEDIATA – POSSIBILIDADE. - A reiteração de embargos de declaração, sem que se registre qualquer dos pressupostos legais de embargabilidade (CPP, art. 620), reveste-se de caráter abusivo e evidencia o intuito protelatório que anima a conduta processual da parte recorrente o propósito revelado pelo

embargante, de impedir a consumação do trânsito em julgado de decisão que lhe foi desfavorável, valendo-se, para esse efeito, da utilização sucessiva e procrastinatória de embargos declaratórios incabíveis, constitui fim que desqualifica o comportamento processual da parte recorrente e que autoriza, em consequência, o imediato cumprimento da decisão emanada desta Suprema Corte, independentemente da publicação do acórdão consubstanciador do respectivo julgamento. Precedentes. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2013).

O Superior Tribunal de Justiça já deixou claro em diversos julgados que compartilhado mesmo entendimento do STF, conforme ementa a seguir:

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. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2008).

É perceptível que há uma clara dissonância diante de tais dispositivos, pois no Código Penal, existem critérios a serem utilizados pelo Poder Judiciário quando da decisão que implique na perda da função pública, já no delito de tortura, não se lança mão tal rigor, passa-se assim a existir formas de julgamentos discrepantes, causando uma insegurança jurídica, o que proporciona ofensa à razoabilidade.

## 5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA APLICAÇÃO DA PENA

O magistrado quando da análise da aplicação da pena deve recorrer ao Código Penal a fim de que a reprimenda seja individualizada, remete-se assim ao artigo 59 do Código Penal, o que se conhece como primeira fase e aplicação da pena, em que o juiz deve ponderar as circunstâncias judiciais, como a culpabilidade; os antecedentes do agente; a conduta social; personalidade do agente; motivos do crime; circunstâncias do crime; consequências do crime e o comportamento da vítima.

Em seguida, passa a avaliar as circunstâncias atenuantes e agravantes, o que se define como a segunda fase de aplicação da pena. Por fim, analisam-se os casos de aumento ou diminuição de pena, só então é possível definir a pena aplicada ao agente.

Entretanto, é mister citar que o magistrado ao aplicar a pena deve lembra-se dos princípios constitucionais sobre os quais não pode sobrepor sua decisão. Tais princípios são extremamente importantes, pois impõe freios ao Poder Judiciário e evita que as decisões por ele proferidas causem prejuízos desnecessários aos condenados.

Tal princípio é, portanto, a concretização da justiça ao caso concreto, pois, em tese, tem o condão de demonstrar qual a punição mais justa para a conduta delituosa cometida pelo infrator, com a análise de todas as circunstâncias do fato, tanto as favoráveis quanto as desfavoráveis ao apenado.

### 5.1 Princípio da individualização da pena

Diante de uma condenação no âmbito penal passa-se à individualização da pena. Assim, tem início a fase de individualização da pena. Este Princípio possivelmente é o mais importante do Direito Penal, pois a individualização da pena é a concretude da justiça que dá ao indivíduo o justo castigo pela conduta praticada.

No entendimento de Costa Machado (2017, p. 97):

O art. 59 traz conceitos e categorias penais que, relacionados somente com aplicação da pena, têm significado mais amplo: definem a opção de política criminal adotada a partir da Lei n. 7.209/84, que introduziu a atual Parte Geral do Código. Assim, é correto afirmar que o dispositivo elenca as “diretrizes para fixação da pena” (v. item 49 da Exposição de Motivos),

assegurando sua individualização sob critérios abrangentes, conhecidos como circunstâncias judiciais; porém, não se pode interpretá-lo exclusivamente como uma bula contendo as prescrições de “como aplicar a pena”. A extensão dogmática e político-criminal das categorias inclusas no art. 59 é profunda e implica desde o conceito de reprovação penal até os pressupostos de legitimação da tutela penal.

No mesmo sentido está o pensamento do eminente professor Rogério Greco, que leciona sobre esse assunto em sua obra (2014, p. 74):

Tendo o julgador chegado à conclusão de que o fato praticado é típico, ilícito e culpável, dirá qual a infração penal praticada pelo agente e começará, agora, a individualizar a pena a ele correspondente. Inicialmente, fixará a pena-base de acordo com o critério trifásico determinando pelo art. 68 do Código Penal, atendendo às chamadas circunstâncias judiciais; em seguida, levará em consideração as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento de pena. Esta é a fase da chamada aplicação da pena [...].

O Princípio da Individualização da Pena evita que o julgador crie padrões de condenação, ou seja, faz com que cada condenado tenha direito a análise específica das circunstâncias que o levaram a prática do delito, o que em tese deveria acabar com a generalização da punição. Ocorre que em se tratando de condenação na Lei 9.455/97, a interpretação feita pelo Poder Judiciário é justamente contrária a esse entendimento, pois generaliza a punição, tratando da mesma maneira qualquer agente de infrinja alguma conduta na lei prescrita, seja o crime de tortura física, ou psicológica, seja na conduta comissiva ou omissiva, que de qualquer maneira o agente, ocupante de cargo público perderá a função pública caso seja condenado às iras da citada lei.

Em relação ao Princípio em comento, aduz o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes (2017, p. 455):

É, pois, norma constitucional que a pena *deve ser individualizada*, ainda que nos limites da lei, e que sua execução em estabelecimento prisional *deve ser individualizada*, quando menos, *de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado*.

Evidente, assim, que, perante a Constituição, *o princípio da individualização da pena* compreende: a) proporcionalidade entre o crime praticado e a sanção abstratamente cominada no preceito secundário da norma penal; b) individualização da pena aplicada em conformidade com o ato singular praticado por agente em concreto (dosimetria da pena); c) individualização da sua execução, segundo a dignidade humana (art. 1º, III), o comportamento do condenado no cumprimento da pena (no cárcere ou fora dele, no caso das demais penas que não a privativa de liberdade) e à vista do delito cometido (art. 5º, XLVIII).

Em obediência ao Princípio da Individualização da Pena não seria, portanto, admissível que o condenado às iras da Lei de Tortura em sua forma comissiva, ferindo a vítima de forma a deixá-la com perda de função de membros, seja tratado da mesma forma daquele que praticou algum ato de tortura psicológica que não deixou sequelas maiores na vítima. Tampouco se pode dar tratamento igual àquele que se omite ao tomar conhecimento do delito, pois diversas vezes o indivíduo que toma ciência de determinada conduta está sob o poder disciplinar extremamente rígido que o coloca em situação muito complicada perante seus companheiros de profissão, pois não raras vezes estão submetidos a um poder disciplinar demasiadamente rigoroso.

## 5.2 Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa

O Direito Brasileiro possui seus princípios norteadores, o que faz com que seja possível a concretização da justiça em todo ramo jurídico. Em se tratando de Direito Penal, quando da fase processual existe o Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa que é de extrema importância no processo, pois dá ao acusado o direito de demonstrar provas contrárias à acusação, ou seja, comprovar a sua inocência, ou até mesmo que alguma circunstância favorável caminha a seu favor.

A Constituição Federal Brasileira estabelece em seu art. 5º, inciso LV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. (BRASIL, Constituição Federal 1988).

Dada à importância desse Princípio, a Constituição Federal deu a ele status de cláusula pétrea, demonstrando assim o seu caráter de essencialidade a todo processo movido no Direito Brasileiro.

Na precisa lição de Luigi Ferrajolli (2012, p. 490):

O ônus da prova a cargo da acusação comporta logicamente, por parte do imputado o *direito de defesa*, expresso aqui com o axioma A10 *nulla probatio sine defensione*. Esta última garantia é o equivalente jurídico que identifiquei, no parágrafo 10.8, como a principal condição epistemológica da prova: a falsificação da hipótese acusatória experimentada pelo poder da parte interessada em refutá-la, de modo que nenhuma prova seja adequada sem que sejam infrutíferas todas as possíveis negações e contraprovas. A *defesa*, que por tendência não tem espaço no processo inquisitório, forma, portanto, o mais importante instrumento de solicitação e controle do método de prova acusatório, consistente precisamente no *contraditório* entre

hipóteses de acusação e hipóteses de defesa e entre as respectivas provas e contraprovas.

A característica de igualdade no processo entre a acusação e a defesa, é de importância fundamental, porque traz a possibilidade de se encontrar a verdade real oculta atrás das linhas do processo penal em curso, sob esse aspecto, continua o professor Luigi Ferrajolli (2012, p. 490):

Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo o estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciais e das perícias ao interrogatório eu imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações.

A perda da função pública face a Lei de Tortura dá-se automaticamente aos condenados pelos crimes previstos na referente legislação. Ocorre que, pelo Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, tal procedimento não deveria ser tomado pelo juiz sem que o Ministério Público na peça acusatória requeira a perda da função pública, dando ao réu total condição de se defender das acusações que lhe são imputadas.

Nesse sentido, segue trecho de importante decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais em acórdão publicado relativo ao delito de tortura:

Em relação à perda do cargo, ressalto que, em diversos julgados, já externei meu posicionamento, de não se tratar de efeito automático da condenação, tal como previsto no art. 92, inciso I, do CP. Não bastando, por conseguinte, o simples preenchimento dos requisitos objetivos ali previstos, mas, pressupondo, ainda, exame de sua conveniência no caso concreto, em razão da falta de cunho retributivo, a tornar imprescindível pedido do Ministério Público neste sentido desde a peça acusatória, para que sobre a questão seja exercida a mais ampla defesa e o contraditório. (MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2016).

O contraditório em relação à perda da função pública aos condenados na Lei de Tortura faz-se necessário, pois tal medida é tratada como pena acessória, o que causa enorme prejuízo para o condenado, portanto, as consequências da condenação obviamente deveriam ser demonstradas na inicial pelo Ministério Público, dando ciência ao acusado de todas as acusações, assim sendo, como a condenação tem reflexos administrativos, nada mais justo que o condenado poder defender a permanência na função pública, facultando-lhe a comprovação de que o fato praticado não interfira em seu serviço público.

Em interessante análise sobre o princípio do contraditório, o professor Fernando Capez (2014, p. 61) aduz que:

Decorre do brocardo romano *audiatur et altera parte* exprime a possibilidade, conferida aos contendores, de praticar todos os atos tendentes a influir no convencimento do juiz. Nessa ótica, assumem especial relevo as fases da produção probatória e da valoração das provas. As partes têm o direito não apenas de produzir suas provas e de sustentar suas razões, mas também de vê-las seriamente apreciadas e valoradas pelo órgão jurisdicional.

Compreende, ainda, o direito de serem cientificadas sobre qualquer fato processual ocorrido e a oportunidade de manifestarem-se sobre ele, antes de qualquer decisão jurisdicional (CF, art. 5º, LV). A ciência dos atos processuais é dada através da citação, intimação e notificação.

Portanto, o oferecimento da denúncia perante o juiz, trata-se de verdadeira petição inicial, na qual o Ministério Público deveria demonstrar todas as acusações que pesam em desfavor do acusado, dando-lhe verdadeiro direito de defesa, acerca do contraditório aduz Eugênio Pacelli (2017, p. 37):

Como se verá, sobretudo por ocasião da abordagem relativa às provas, o contraditório é um dos princípios mais caros ao processo penal, constituindo verdadeiro requisito de validade do processo, na medida em que a sua não observância é passível até de nulidade absoluta, quando em prejuízo do acusado. Já veremos que, quando se tratar de violação do contraditório em relação a acusação, será necessária a arguição expressa da irregularidade no recurso, sob pena de preclusão, ainda que se cuide de nulidade absoluta. Nessa hipótese, excepcional, por certo, levam-se em consideração outras questões, ora ligadas ao controle do bom desempenho das funções públicas (o Ministério Público deve zelar, sempre, pela regularidade do processo, em todas as suas fases), ora ligadas à vedação da não surpresa (no fundo, o próprio contraditório) para a defesa; esta, diante da ausência de impugnação da irregularidade no recurso da acusação, não teria como se manifestar sobre a mesma.

O Princípio do Contraditório está intimamente ligado ao Princípio da Ampla Defesa, sendo que um complementa o outro, em termos processuais, não existiria a ampla defesa se não houvesse o contraditório, pois “o contraditório, portanto, junto ao princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo processo e, particularmente, do processo penal”. (Eugênio Pacelli, 2017, p. 37).

Sobre o instituto da Ampla Defesa aduz o eminente doutrinador Fernando Capez (2014, p. 62):

Implica o dever de o Estado proporcionar a todo acusado a mais completa defesa, seja pessoal (autodefesa), seja técnica (efetuada por defensor) (CF, art. 5º, LXXIV). Desse princípio também decorre a obrigatoriedade de se observar a ordem natural do processo, de modo que a defesa se manifeste sempre em último lugar. Assim, qualquer que seja a situação que dê ensejo a que, no processo penal, o Ministério Público se manifeste depois da defesa (salvo, é óbvio, nas hipóteses de contrarrazões de recurso, de sustentação oral ou de manifestação dos procuradores de justiça, em segunda instância), obriga, sempre, seja aberta vista dos autos à defensoria



do acusado, para que possa exercer seu direito de defesa na amplitude que a lei consagra. O pacto internacional de direitos civis e políticos, em seu art. 14, 3, d, assegura a toda pessoa acusada de infração penal o direito de se defender pessoalmente e por meio de um defensor constituído ou nomeado pela Justiça, quando lhe faltarem recursos suficientes para contratar algum.

Discute-se ainda, após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, a aplicação do art. 10 do respectivo diploma em matéria penal, que tem a seguinte redação: “Art. 10 - O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício” (BRASIL, Código de Processo Civil 2015).

Tal dispositivo soaria em benefício do réu, pois de acordo com o que se estabelece só haveria a perda da função pública caso o Ministério Público pedisse tal providência na inicial, dando ao réu o direito ao contraditório.

Nesse sentido é o entendimento de Eugênio Pacelli (2017, p. 37), em seu Curso de Processo Penal:

Com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, já cresce o número de doutrinadores que defende a aplicação do art. 10 daquela Lei ao processo penal. Segundo este dispositivo, o “juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria que deva decidir de ofício”. A regra coroaría, portanto, o princípio do contraditório.

Com o mesmo entendimento, sobre a aplicação do art. 10 do Código de Processo Civil como analogia ao Código de Processo Penal, aduz Nestor Távora (2017, p. 77):

O juiz não deve prolatar decisão contra uma das partes sem que antes seja previamente ouvida, salvo nos casos de urgência (artigo 9º, parágrafo único e 10, CPC/2015). Em certa medida, o CPP contém disposição semelhante, mas de abrangência mais restrita às regras de decretação de medidas cautelares diversas da prisão (§ 3º, do art. 282, CPP, que expressa que, ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo). A aplicação da norma mais abrangente do CPC/2015 evidencia a necessidade de participação dos interessados, toda vez que se estiver diante da possibilidade de providência jurisdicional que lhes afetem. No âmbito do processo penal, regras que informam os lindes da acusação e a impossibilidade de atuar de ofício em desfavor da defesa recomendam, ao contrário, a aplicação da novel disposição em favor do acusado (favor rei). Tal determina que, em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício.

Assim sendo, conclui-se que o Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, torna-se imperioso na aplicação da norma penal. Em relação ao crime de tortura e conseqüente perda da função pública, é extremamente importante que o Ministério Público, deixe claro já na inicial que a condenação acarretará a perda da função pública, dando, portanto ao acusado, plenas condições de defesa quanto a esse quesito.

### 5.3 Princípio da Motivação dos Atos Judiciais

O Princípio da Motivação dos Atos Judiciais está consubstanciado no texto da Constituição Federal como garantia constitucional, e encontra-se expressa no artigo 93 inciso IX (BRASIL, Constituição Federal 1988):

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Nesse contexto, percebe-se que há um mandamento constitucional que não faculta ao Judiciário a possibilidade de fundamentar as decisões, mas sim, o obriga a fundamentá-las.

Ocorre que o Poder Judiciário Brasileiro em diversos momentos tem se colocado em posição superior à Constituição Federal, em claro desrespeito às suas normas e princípios. No caso da Lei de Tortura, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou que a perda da função pública não precisa ser motivada pelo magistrado quando da prolação da sentença, o que se configura como um absurdo judicial, pois na própria Lei de Tortura não há sequer uma alínea que estabeleça essa faculdade ao magistrado.

Em relação a este assunto, segue entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE TORTURA. ART. 1º, § 5º, DA LEI 9.455/97. PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA. EFEITO OBRIGATÓRIO DA SENTENÇA. NULIDADE. NÃO-OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. A perda do cargo público e a interdição do seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada é efeito genérico, automático e obrigatório da condenação imposta ao paciente, sem que seja necessária fundamentação específica para a sua aplicação (art. 1º, § 5º, da Lei 9.455/97). 2. Ordem denegada. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2008).

Em outra decisão, a Corte do Superior Tribunal de Justiça entendeu novamente que a perda do cargo ou função pública não precisa de fundamentação do magistrado quando de sua decisão, contrariando o Princípio Constitucional da Motivação dos Atos Judiciais:

HABEAS CORPUS. DELITO DA LEI DE TORTURA (OMISSÃO CRIMINOSA). ALEGAÇÃO DE QUE A CONDUTA NÃO FOI PRATICADA PELO PACIENTE. REAVALIAÇÃO DOS ELEMENTOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. VIA ELEITA INADEQUADA. INFRAÇÃO PREVISTA NO § 2.º, DO ART. 1.º, DA LEI 9.455/97. CRIME PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE DE AUMENTO DA SANÇÃO DEVIDO À INCIDÊNCIA DA CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, INCISO II, ALÍNEA G, DO CÓDIGO PENAL, E DA MAJORANTE DE PENA ESTABELECIDADA NO ART. 1.º, § 4.º, INCISO I, DA LEI DE TORTURA. PERDA DO CARGO PÚBLICO. EFEITO AUTOMÁTICO DA CONDENAÇÃO NOS CRIMES DA LEI N.º 9.455/97. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 44, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. Não compete a este Superior Tribunal de Justiça, na via estreita do habeas corpus, reavaliar juízo sobre a conjuntura fático-probatória - análise em que são soberanas as instâncias ordinárias -, por se tratar a referida via processual de remédio constitucional de rito célere e cognição sumária. 2. A figura típica prevista no § 2.º, do art. 1.º, da Lei de Tortura, constitui-se em crime próprio, porquanto exige condição especial do sujeito. Ou seja, é um delito que somente pode ser praticado por pessoa que, ao presenciar tortura, omite-se, a despeito do "dever de evitá-las ou apurá-las" (como é o caso do carcereiro policial). Em tais casos, a incidência da circunstância agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea g, do Código Penal, e da majorante de pena estabelecida no art. 1.º, § 4.º, inciso I, da Lei n.º 9.455/1997 ("se o crime é cometido por agente público"), constitui evidente bis in idem na valoração da condição pessoal do sujeito ativo. 3. "A perda do cargo, função ou emprego público é efeito automático da condenação pela prática do crime de tortura, não sendo necessária fundamentação concreta para a sua aplicação" (AgRg no Ag 1388953/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 28/06/2013). Ainda que assim não fosse, aplicar-se-ia, na espécie, entendimento do STF, sedimentado na súmula n.º 694, segundo o qual "não cabe habeas corpus contra imposição da pena de exclusão de militar ou perda de patente ou função pública". 4. Nos crimes definidos na Lei de Tortura há óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, com base no art. 44, inciso I, do Código Penal. 5. Ordem de habeas corpus parcialmente conhecida e, nessa extensão, parcialmente concedida, tão somente para afastar os aumentos da pena ocorridos com suporte na circunstância agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea g, do Código Penal (três meses), e na majorante prevista no art. 1.º, § 4.º, inciso I, da Lei n.º 9.455/1997 (um sexto), restando a sanção final fixada em 1 ano e 9 meses de detenção. (BRASIL, Superior Tribunal, 2013).

Ocorre que há precedente do próprio Superior Tribunal de Justiça, que de forma muito inteligente e com respeito às normas constitucionais demonstra que para que haja a perda do cargo ou função pública em caso de condenação na Lei de

Tortura, o magistrado deve fundamentar tal decisão na sentença, conforme ementa que segue:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CITAÇÃO. REQUISICÃO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. TORTURA. PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. A requisição do acusado para a audiência de interrogatório supre possível vício da citação, quando inexistente a demonstração de prejuízo para a defesa. No processo penal, não se declara nulidade de ato, se dele não resultar prejuízo comprovado para as partes. A perda do cargo, função ou emprego público, nos termos do § 5º do art. 1º da Lei nº 9.455/97, não é automática, dependendo de motivação específica. Ordem concedida para anular o acórdão guerreado, no que concerne à perda do cargo público, em face da ausência de fundamentação, mantendo-se, nesse particular, a sentença primeva. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça .2006 p. 519)

Sendo preceito constitucional, é óbvio que o magistrado quando da prolação da sentença deve fundamentá-la em todos os seus aspectos, tendo em vista que a motivação é o que concede lisura aos atos judiciais e possibilita até mesmo o controle externo da sociedade aos atos dos magistrados, porque é com a motivação que o Poder Judiciário justifica sua opção em fazer o exercício do poder decisório.

O professor Renato Brasileiro discorre a cerca desse tema (2017, p. 1.335):

Sendo a sentença um ato decisório de fundamental importância no processo penal, porquanto haverá a análise da pretensão punitiva do Estado para fins de absolver ou condenar o acusado, é evidente que a fundamentação não pode ser dispensada. Incumbe ao juiz, nesse momento, enfrentar todas as questões de fato e de direito que sejam relevantes para a solução do caso concreto, de modo a certificar a realização da hipótese de incidência da norma e os efeitos dela resultantes, justificando assim a conclusão a que chegará no dispositivo. A ausência da fundamentação é vício de extrema gravidade, mas daí não se pode falar em inexistência jurídica do ato. Na verdade, a ausência de fundamentação acarreta a nulidade absoluta da sentença, nos exatos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal.

Mesmo assim, tem decidido os Tribunais que a perda da função pública no caso de tortura é efeito automático, conforme entendimento do STJ em HC 92.247, a Senhora Ministra Laurita Vaz argumenta que:

[...] Conforme bem observado no parecer ministerial, diferentemente do art. 92, I, do Código Penal, que exige sejam externados os motivos para a decretação da perda do cargo, função ou emprego público, a Lei de Tortura traz, em seu 5º, do art. 1º, expressamente, a referida penalidade, como efeito automático do édito condenatório, não dependendo de fundamentação para ser imposta [...]. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2007).

Em sentido contrário a esse entendimento, a interessante análise Rogério Greco (2014, p. 673) estabelece que:

Existe controvérsia doutrinária no que diz respeito a necessidade de serem declarados expressamente esses efeitos na sentença penal condenatória, ou se podem ser considerados automáticos, bastando a condenação do agente pela prática do crime de tortura.

Sheila Bierrenbach, dissertando sobre o tema, assevera:

“Confrontando este parágrafo com o art. 92 do Código Penal, verifica-se que, enquanto os efeitos específicos previstos no estatuto básico devem ser motivadamente declarados na sentença, os ora analisados são automáticos, decorrendo tão somente da condenação, não carecendo de manifestação do juiz na sentença”.

Em sentido contrário, e, segundo entendemos, *permissa vênia*, corretamente Marcos Ramayana aduz que o § 5º do art. 1º da Lei de Tortura exige que “o juiz declare expressamente na parte dispositiva da sentença a perda do cargo, função ou emprego público”, não podendo ser considerados, portanto como automáticos.

Percebe-se assim, que o critério utilizado para aplicação da legislação referente ao crime de tortura possui algumas incoerências, o que pode causar certa insegurança jurídica, pois há clara violação de normas constitucionais bem como penais e processuais penais, especialmente no tocante à perda da função pública no caso de prática de tortura.

## 6 A SITUAÇÃO DOS MILITARES PERANTE A LEI 9.455/97

Os militares sem dúvidas são os maiores alvos da Lei de Tortura, em especial os militares estaduais, pois têm a competência de preservação da ordem pública e estão diante da criminalidade 24 horas por dia, sendo assim, infelizmente, não poucas vezes tais servidores públicos excedem nos meios para buscar as provas necessárias para uma possível condenação, e acabam usando de formas ilícitas para conseguirem uma confissão, ou até mesmo alguma prova material que incrimine determinada pessoa.

Esta classe de servidor público está sujeita a um regime jurídico próprio que é o foro da Justiça Militar Estadual e, o militar só perderia o posto ou a graduação, caso seja declarado indigno pelo Tribunal de Justiça Militar, de acordo com o que estabelece a Constituição Federal:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

VI - o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra;

VII - o oficial condenado na justiça comum ou militar à pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no inciso anterior; (BRASIL, Constituição Federal 1988).

Percebe-se que a Constituição Federal não cita que em alguma hipótese a competência para declarar a perda do cargo ou função dos militares seria deferida à Justiça Comum, inclusive é enfática no inciso VII em dizer que mesmo com a condenação do oficial na Justiça Comum à pena privativa de liberdade superior a dois anos, o julgamento da perda da função deverá ser submetida à competente Justiça Militar.

Infelizmente, não é o que ocorre na Justiça Brasileira. Os Tribunais Superiores novamente, interpretando o texto constitucional de forma equivocada, definem em seus julgamentos que a Justiça Comum é competente para sentenciar o militar à perda do posto ou graduação em caso de crime de tortura, contrariando o disposto no inciso VII do art. 142 da Constituição Federal de 1988.

Seguindo este entendimento, segue ementa do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. TORTURA COM RESULTADO MORTE. ABSOLVIÇÃO. PRETENSÃO QUE NÃO SE COMPATIBILIZA COM A VIA ELEITA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DECRETAÇÃO DE PERDA DO CARGO. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. DESCABIMENTO. CRIME COMUM. 1. O pedido de absolvição esbarra na necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, providência de todo incompatível com a via estreita do habeas corpus. 2. Além disso, a condenação se baseou em farto conjunto probatório, o qual indica que o paciente teria sido comandado a sessão de tortura, que culminou na morte da vítima. 3. A presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis autoriza a fixação da pena-base acima do patamar mínimo. 4. Na hipótese, a sanção foi fixada um pouco acima do mínimo, em razão de se ter apontado como desfavoráveis a culpabilidade e os motivos do crime. Aquela, em razão de o paciente ter sido o mentor e principal responsável pelas agressões. Estes, sob o fundamento de que o crime foi cometido porque a vítima tinha acusado referido militar da prática de tráfico de drogas. Assim, não se vislumbra a propalada coação ilegal. 5. "O Tribunal de Justiça local tem competência para decretar, como consequência da condenação, a perda da patente e do posto de oficial da Polícia Militar, tal como previsto no art. 1º, § 5º, da Lei de Tortura (Lei nº 9.455/97). Não se trata de hipótese de crime militar." (HC 92.181/MG, Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 1º.8.08). 6. A condenação por delito previsto na Lei de Tortura acarreta, como efeito extrapenal automático da sentença condenatória, a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada. Precedentes do STJ e do STF. 7. No caso, a perda da função pública foi decretada na sentença como efeito da condenação e mantida pelo Tribunal de origem, quando do julgamento da apelação. 8. Ordem denegada. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2009)

Atualmente, variadas decisões das Cortes Superiores têm sido no sentido contrário ao texto constitucional, no caso citado, por exemplo, há clara violação do da redação constitucional que é novamente justificada pela falsa interpretação do texto legal.

### **6.1 Impactos da Lei n. 13.491/17**

É interessante, porém, citar que neste ano entrou em vigor a Lei nº 13.491/17 que trouxe alterações importantíssimas em relação à competência para o julgamento dos crimes cometidos pelos militares quando no exercício da função. Tal alteração impacta também no crime de tortura, pois altera o art. 9º do Código Penal Militar dando a ele a seguinte redação:

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:  
 II - os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados:  
 c) por militar em serviço, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito a administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

Este dispositivo traz alteração importante em relação ao julgamento dos crimes cometidos por militares, entretanto, não se sabe ainda a amplitude que terá a modificação da norma, pois não há uma jurisprudência firmada nem doutrinadores que se posicionaram sobre o tema, todavia, não é difícil extrair do dispositivo que o julgamento dos crimes cometidos pelos militares, quando em serviço, sejam eles dispostos no Código Penal Militar, sejam dispostos em Legislação Penal Especial, todos serão processados perante a Justiça Militar.

Em primeira análise, pode-se dizer ainda que até mesmo os processos que correm atualmente sob a competência da Justiça Comum deverão ser encaminhados à Justiça Militar, pois a Justiça Comum já não é mais competente para apreciação dos delitos militares, com exceção, é claro, dos crimes dolosos contra a vida, cometidos contra civil, que tem a competência privativa do julgamento pelo Tribunal do Júri, isso com ressalva de algumas hipóteses previstas no próprio artigo 9º sobre as Forças Armadas.

## **6.2 Propostas do Legislativo**

Existe um projeto de Lei que tramita na Câmara dos Deputados que prevê a reparação do erro cometido com a promulgação da atual Lei de Tortura. O Projeto de Lei nº 7.885, de 2014 de autoria do Deputado Federal Subtenente Gonzaga e como relator o Deputado Federal Laudívio Carvalho, tal projeto corrige os erros da aplicação da perda da função pública prevista no § 5º da Lei 9.455/97 e tem a seguinte redação:

§ 5º A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada na forma prevista na letra “b”, do inciso I do art. 92 do Código Penal, condicionada a perda da função exercida por integrante de órgão de segurança pública à instauração de procedimento específico que leve em consideração a vida funcional do acusado e as peculiaridades de sua atividade”. (BRASIL, PL 7885, 2014).

Como apenso foi apresentado o Projeto de Lei nº 4.472/16 de autoria do Deputado Federal Alberto Fraga com a seguinte redação:

“§ 5º A condenação acarretará obrigatoriamente a instauração de processo administrativo disciplinar para avaliação da permanência ou da perda do cargo, função ou emprego público, neste caso, com interdição para o seu exercício pelo dobro do prazo da pena judicial aplicada”. (BRASIL, PL 4472, 2014).



O Projeto de Lei já foi aprovado pela Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado e poderá ir ao plenário ainda em 2018. A proposta é de grande valia para o Direito Brasileiro, pois tende a diminuir as distorções causadas pela interpretação jurídica das Cortes da Justiça Brasileira.

É notável que a intenção do projeto não seja acabar com a punição ao delito de tortura, pelo contrário, a punição deve haver sim, de maneira exemplar, entretanto, o respeito às normas constitucionais é imperioso para que se extirpe a insegurança jurídica causada pelo entendimento majoritário do Poder Judiciário.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A intenção do presente trabalho não foi esgotar o tema proposto, tendo em vista a amplitude do Direito Penal Brasileiro, mas tentou-se demonstrar que ainda existem decisões as quais ferem preceitos constitucionais, o que causa enorme prejuízo a quem está submetido ao Processo Penal, pois a frieza da letra da lei não consegue sentir qual a amplitude e o grau de prejuízo que sua aplicação proporcionar a determinadas pessoas.

Após todo arcabouço jurisprudencial e doutrinário analisado, conclui-se que o dispositivo que prevê a perda da função pública pelos condenados pela Lei 9.455/97 é inconstitucional, visto que viola princípios e regras constitucionais. Percebe-se ainda que o próprio texto da Lei de Tortura é omissivo quanto ao efeito penal ser ou não automático, esse silêncio da lei transfere a responsabilidade da decisão ao magistrado responsável pela análise do caso concreto, que neste caso faz a interpretação mais gravosa ao condenado.

Verifica-se ainda que os Tribunais de Justiça estão adstritos ao posicionamento majoritário das Cortes Superiores, para tanto, o juiz de primeiro grau abre mão do seu poder de constitucionalidade difuso para declarar inconstitucionalidade de norma por contrariar o texto constitucional, apenas porque existe um posicionamento precedente que norteia a decisão.

Assim, fica claro que a justiça brasileira ainda anda em passos lentos na efetivação da justiça e, infelizmente, o Poder Judiciário, contrariando sua função primária que é a aplicação da Lei, põe-se em um pedestal acima da legalidade.

Por fim, no que concerne aos militares, não há como prever como será daqui para frente com a alteração do Código Penal Militar, qual será o posicionamento do tribunal, como irão julgar os casos de tortura e quais impactos seus julgados terão no posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

Aguarda-se que Justiça Militar trate a questão de maneira técnica, não com o intuito de deixar de punir aquele que praticar o crime de tortura, mas que a punição seja justa e fundamentada, de forma que os excessos deixem de existir e a justiça seja a mais plena e cristalina possível.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Câmara Federal*. PL 4472, 2014. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=621737>> Acesso em 20/11/2017.

BRASIL. *Código de Processo Civil*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 15/09/2017.

BRASIL. *Código Penal Brasileiro*, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 15/09/2017.

BRASIL. *Código Penal Militar*, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del1001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm)>. Acesso em: 02/11/2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretária de Edições Técnicas, 2006.

BRASIL. Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9455.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9455.htm)> Acesso em 20/11/2017.

BRASIL. Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13491.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13491.htm)> Acesso em 10/11/2017.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*, REsp: 1044866 MG 2008/0068624-6, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 02/10/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/10/2014) Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153309606/recurso-especial-resp-1044866-mg-2008-0068624-6>> acesso 14/11/2017.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça* - HC: 95335 DF 2007/0280629-7, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 19/06/2008, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/08/2008. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24710058/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1360974-sp-2013-0005511-6-stj/inteiro-teor-24710059>> Acesso em 14/11/2017.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*, Habeas Corpus nº 17730 – MS, 5ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, j. 26/03/2002, D.J.U. de 03/06/2002, p. 221). Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8925001/recurso-especial-resp-889528-sc-2006-0200330-2/inteiro-teor-14083724>> Acesso em 09/11/2017.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*, AI: 769637 MG, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 25/06/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 15-10-2013 PUBLIC 16-10-2013.

Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24806147/embdecl-nos-embdecl-no-agreg-no-agravo-de-instrumento-ai-769637-mg-stf>> Acesso em 20/11/2017.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*, Habeas Corpus nº 95464/SP. Relator Celso Mello. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 03 de fevereiro 2008. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3097398/habeas-corpus-hc-95464-sp>> Acesso em 18 de set. 2017.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*, Recurso Extraordinário nº 635.659. Luís Roberto Barroso Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 10 de setembro de 2015. Disponível em <<https://jota.info/docs/leia-o-voto-do-ministro-barroso-no-julgamento-das-drogas-10092015>> Acesso em 18 de set. 2017.

BRASIL *Supremo Tribunal Federal*, (1993 RTJ147/608) HC 89529 – 7, p. 12 RELATOR MINISTRO MARCO AURÉLIO. Acesso em 02/10/2017.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Legislação Penal Especial Esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral, volume I*. 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro. *Código de Processo Penal Comentado*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

MACHADO, Costa: *Código Penal interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. Costa Machado, organizador; David Teixeira de Azevedo, coordenador. 7. ed. Barueri, SP: Manole, 2017.

MARTINS, Flávio. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MASSON, Cléber. *Direito penal esquematizado: Parte Geral*. vol. 1 . 11ª. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MINAS GERAIS. *Tribunal de Justiça de Minas Gerais*, Apelação Criminal nº 1.0362.13.010157-3/001. Relator Des. Eduardo Machado. Data de publicação: 02/02/2016. Disponível em:<

<http://www8.tjmg.jus.br/themis/verificaAssinatura.do?numVerificador=10362130101573001201692830>> Acesso em 05/11/2017.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 12. ed. Salvador: ed. JusPodivm, 2017.

.