

MODELO RECURSO DEAP-SC – Q. 59

Cuida-se de recurso que visa questionar o gabarito da Questão n. 59 (letra "c"), mais especificamente no tocante a correção do item 4, a saber:

"4. O condenado por crime de tortura, quando resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado".

Segundo o gabarito preliminar tal item encontra-se correto. Contudo, quando analisamos cuidadosamente a afirmativa mencionada percebemos que na verdade existe **incorreção** em seu texto.

De início, vale recordar que segundo o disposto no art. 1º, §7º da Lei 9.455/97 o regime inicial obrigatoriamente será o fechado para os condenados por crimes de tortura **comissivos** (esse parágrafo não se aplica à tortura omissiva do art. 1º, §2º). Portanto, caso o sujeito seja condenado por crime de tortura praticado **por ação**: iniciará o cumprimento da pena em regime fechado. Contudo, se for condenado pelo delito de tortura praticado na modalidade **omissiva**: não existe a obrigatoriedade do início de cumprimento da pena no regime fechado.

Pois bem. Quando analisamos a assertiva "4" ela nada diz se a condenação foi por crime de tortura comissivo ou omissivo. A única informação que temos quanto o crime é que se trata de tortura qualificada pela lesão corporal grave ou gravíssima (art. 1º, §3º).

Aí reside uma controvérsia doutrinária que **não pode ser superada pelas informações apresentadas no mencionado item**: Será que as qualificadoras previstas no art. 1º, §3º podem ser aplicadas às duas modalidades de tortura (ação e omissão)?

Uma primeira corrente vai entender possível aplica-las apenas aos delitos de tortura por ação. Dessa forma, necessariamente o condenado pelo crime qualificado terá que cumprir a pena em regime inicial fechado (art. 1º, §7º).

Contudo, citamos aqui um outro entendimento: o qual sustenta que o §3º se aplica tanto à tortura por ação quanto por omissão. Com base nessa corrente, como o item 4 não especificou por qual modalidade de tortura o agente foi condenado, **não há como afirmar** categoricamente que ele iniciará o cumprimento de sua pena em regime fechado (pois caso condenado pelo delito em sua forma omissiva, mesmo que qualificado, não incidirá a norma esculpida no art. 1º, §7º).

Nesse sentido, admitindo a aplicação das qualificadoras também à tortura por omissão e mencionando que quanto ao tema não há consenso na doutrina, tampouco na jurisprudência dos Tribunais Superiores:

. LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 1125.

“Não há consenso na doutrina acerca da amplitude da qualificadora do §3º do art. 1º da Lei n. 9.455/97... (nossa posição): por fim, há quem entenda que a qualificadora também é aplicável a ambas as hipóteses de omissão constantes do §2º do art. 1.”

. ROQUE, Fábio; TAVORA, Nestor; ALENCAR; Rosmar Rodrigues. **Legislação Criminal para concursos**. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 520 e 521.

“Deste modo, e não tendo a Lei de Tortura apontado nada que pudesse excluir da incidência das qualificadoras a conduta omissiva, cremos que a ela também se aplicam. Ainda não há entendimento consolidado da jurisprudência dos Tribunais Superiores a respeito do tema.”

Por todo o exposto e diante da divergência citada, embasada nas lições de alguns dos mais prestigiados doutrinadores do nosso país, pugna-se pela anulação da presente questão, pois não há alternativa correta.