

## Crime de tortura e a ilusória inconstitucionalidade da Lei 9455/97

Érick V. Micheletti Felício

Críticas severas vem sendo feitas por alguns juristas, tanto na doutrina nacional como na doutrina internacional, quanto a conceituação da tortura como "crime comum" pela lei especial de 1997.

Com isso, a atual tipificação do delito de tortura, estaria eivada de inconstitucionalidade, uma vez que, a Lei n.º 9.455/97, teria lesionado uma norma constitucional com embasamento em tratados internacionais de Direitos Humanos.

Explica-se.

O Brasil é país signatário dos tratados internacionais de prevenção e repressão à prática de tortura. Comprometeu-se, portanto, a punir tal prática no âmbito de sua jurisdição e, de acordo com os princípios fundamentais previstos nesses instrumentos jurídico-internacionais.

Consta que, tanto a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis Desumanos ou Degradantes, de 1984, quanto a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, datada de 1985 - esta, mais explícita sobre a caracterização do tipo e seus responsáveis - definiram a prática da tortura como "crime próprio".

A Convenção de 1984 consignou, depois de ter definido o termo "tortura", que as dores e sofrimentos referidos devem ser *"infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência"*(1).

Quanto à Convenção Interamericana de 1985, destaca-se o artigo 3.º, dispositivo este que define como responsáveis pelos delitos de tortura: *"a) Os empregados ou funcionários públicos que, atuando nesse caráter, ordenem sua execução ou instiguem ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou, podendo impedi-lo, não o façam"; e, "b) as pessoas que, por instigação dos funcionários ou empregados públicos a que se refere a alínea a, ordenem sua execução, instiguem ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou nele sejam cúmplices"*.

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

Da mesma forma, atribuiu-se a responsabilidade àquelas pessoas que, não pertencendo aos quadros públicos, são instigadas pelos agentes da Administração, e assim, cometem diretamente o delito ou figuram como cúmplices dele, entendida essa cumplicidade de forma ampla (co-autoria ou participação).

Porém, a Lei n.º 9.455/97 não definiu o tipo delituoso como "crime próprio", mas ao contrário, o fez de maneira ampla, tornando possível que qualquer pessoa do povo o pratique. Assim, não se observou na lei nacional específica a restrição feita nos tratados internacionais, classificando-se a prática da tortura como "crime comum" e, desta forma, ampliando a sua abrangência no que se refere a responsabilização penal.

Para alegarem a inconstitucionalidade da lei pátria, determinados autores nacionais levantam o problema relativo à incorporação automática dos tratados internacionais de

Direitos Humanos no ordenamento jurídico nacional, brilhantemente abordado por FLÁVIA PIOVESAN(2).

Referida autora expressa a seguinte conclusão:

"Em síntese, relativamente aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, a Constituição brasileira de 1988, nos termos do art. 5.º, parágrafo 1.º, acolhe a sistemática da incorporação automática dos tratados, o que reflete a concepção monista. Ademais, como apreciado no tópico anterior, a Carta de 1988 confere aos tratados de direitos humanos o status de norma constitucional, por força do artigo 5.º, parágrafo 2.º. O regime jurídico diferenciado conferido aos tratados de direitos humanos não é, todavia, aplicável aos demais tratados tradicionais. No que tange a estes, adota-se a sistemática da incorporação legislativa, de modo a exigir que, após a ratificação, um ato com força de lei (no caso brasileiro este ato é um Decreto expedido pelo Executivo) confira execução e cumprimento aos tratados no plano interno. Deste modo, no que se refere aos tratados em geral, acolhe-se a sistemática da incorporação não automática, o que reflete a adoção da concepção dualista. Ainda no que tange a estes tratados tradicionais e, nos termos do artigo 102, III, b, da Carta maior, o texto lhes atribui natureza de norma infra-constitucional"(3).

FLÁVIA PIOVESAN, classificando tal sistema propugnado pela Constituição Federal brasileira como "misto", acrescenta que tal sistemática tem sido a da tendência de algumas Constituições contemporâneas(4).

Realmente, parece ser esta sistemática a mais aceitável, uma vez que atende à predominância dos direitos fundamentais da pessoa humana, merecedores de aplicação imediata; dando-lhes *status* de norma constitucional, fazendo assim, a devida separação hierárquica - no que concerne ao fundamento de validade das normas - em comparação aos demais atos internacionais, os quais possuirão *status* de lei infra-constitucional ao serem incorporados não automaticamente(5).

Este fato evita problemas eventualmente causados por denúncias dos tratados pelos demais Estados deles signatários, uma vez que apenas os Acordos definidores de preceitos protetores dos direitos inerentes ao ser humano, como tal, assumem o caráter de imutáveis, ao passo que, os outros tratados, os quais resguardam direitos diversos, não se constituem em cláusulas pétreas ao serem incorporados pelo ordenamento jurídico nacional, e podem ser mais facilmente expurgados dele, já que não estariam assim, inseridos no título constitucional próprio dos direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos(6).

De acordo com essas conclusões, alguns doutrinadores brasileiros têm como ilusória evidência o desvirtuamento, gerado pela Lei n.º 9.455/97, do teor da Convenções Internacionais supramencionadas, uma vez que a nova Lei de Prevenção e Repressão da Prática da Tortura criou delito classificado como "comum" - com a devida exceção feita às figuras típicas do artigo 1.º, inciso II, §§ 1.º e 2.º - decorrendo desse fato a sua inconstitucionalidade, justificada pelo referido *status* de normas constitucionais que referidos atos jurídicos internacionais assumiram ao serem incorporados no Direito Brasileiro. Havendo tal divergência tipológica e, atentando-se para o método de hierarquização das normas jurídicas para a busca do fundamento de validade das mesmas, a Lei Federal n.º 9.455/97 seria, à primeira vista, inconstitucional.

Defensor assíduo da inconstitucionalidade da Lei Federal n.º 9.455/97, ALBERTO SILVA FRANCO - considerando como "*o mais grave defeito do mencionado diploma legal*"(7) a definição de um tipo classificado como "comum" - assim se manifestou:

"... o conceito de tortura, como crime próprio, já faz parte do ordenamento jurídico brasileiro, em grau constitucional. É evidente que tal conceito não dispensa, por respeito ao

princípio da reserva legal também de nível constitucional, da intermediação do legislador infraconstitucional para efeito de sua configuração típica. Mas esse legislador não poderá, sem lesionar norma de caráter constitucional, construir um tipo de tortura que não leve em conta o conceito já aprovado em convenções internacionais. Assim, lei ordinária que desfigure a tortura de forma a torná-la um delito comum e não próprio, está eivada de manifesta inconstitucionalidade...".(8)

Referido jurista(9) argumenta, ainda, que a classificação doutrinária relativa ao delito de tortura como "próprio" é a predominante nos meios jurídicos nacional e internacional. Reforça o seu entendimento através da transcrição de considerações, no mesmo sentido, de outros doutrinadores, indicando, por exemplo, MANUEL DE RIVACOBIA y RIVACOBIA(10), JOAN QUERALT JIMÉNES(11), T. S. VIVES ANTÓN et al(12), FRANCISCO MUÑOZ CONDE(13).

Ainda defendendo a predominância de seu entendimento no Direito nacional e internacional, SILVA FRANCO menciona o artigo 174, do Código Penal Espanhol(14), e, o artigo 243, do Código Penal Português(15). Em âmbito nacional, faz referência ao Esboço do Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal Brasileiro(16).

Este Esboço de Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal, segundo referido autor, baseou-se na *Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura*, apresentando a seguinte redação em seu artigo 186:

"Infligir, direta e intencionalmente, o funcionário público ou outrem, por sua ordem, solicitação ou instigação, para fins de investigação criminal ou com qualquer outra finalidade, ou como castigo pessoal, como medida preventiva, ou como pena, ato doloroso ou sofrimento físico ou psíquico, contra alguém para obter informação, testemunho ou confissão sobre fato praticado, ou que se suspeita que tenha praticado, ou para provocar sua intimidação ou de terceiros".

RUI STOCO(17) e SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA(18), ambos com manifestações posteriores a edição e publicação da Lei n.º 9.455/97, reforçaram, ainda mais, a idéia defendida por ALBERTO SILVA FRANCO(19) de que a conduta definida como tortura deveria constituir crime próprio, sendo o comportamento antijurídico de particulares punido através das variadas figuras típicas genéricas previstas no Código Penal Brasileiro.

Feita tal exposição e desenvolvidas as pertinentes considerações sobre essa questão, chega-se a conclusão de que, apesar de representar a opinião de renomados juristas nacionais e estrangeiros e, de contrariar a alusão de muitos dispositivos legais de outras Nações, cujos respectivos meios jurídicos se preocuparam com o mesmo tema ora tratado, a novel Lei Federal n.º 9.455/97 andou bem ao definir a prática da tortura como crime autônomo e descrevê-la como "delito comum".

Neste sentido, em nenhuma hipótese o diploma legal criado para punir a tortura, e, classificado em uma de suas modalidades como sendo passível de cometimento por qualquer cidadão, ou seja, independentemente da existência de quaisquer exigências de condições especiais pertinentes ao seu sujeito ativo, poderá, sob esse ângulo, ser considerada inconstitucional frente a princípios decorrentes de tratado internacional pertinente à questão que se faz presente.

Fundamenta-se tal assertiva.

No que se refere à descrição do tipo "tortura" como delito comum, as justificativas encontrada na doutrina são coerentes e harmônicas com os verdadeiros anseios sociais de justiça, principalmente, na atualidade, onde o cidadão, de um modo geral, vive intimidado e

até mesmo espantado com as crescentes práticas criminosas atrozizadas realizadas por membros das mais diversas profissões e níveis sociais. A violência, ao contrário do mito criado por uma parcela hipócrita da sociedade - que prega a presunção da culpabilidade - não vê nível social, profissional, cultural. Pelo contrário, não são apenas os "excluídos sociais" que vivem do crime. A Deusa Themis pode ter os olhos vendados, mas deve se superar na sensibilidade, principalmente na mão em que empunha a balança, pois, ao pesar os interesses conflitantes, deve buscar a Justiça deixando o fiel da balança livre de influências geradas por valores outros que não a prova lícita. Se o fiel, no início da lide, já estiver tendente para um dos lados, com certeza, qualquer decisão não refletirá o objetivo do instrumento chamado Direito, qual seja, a tão clamada Justiça.

O entendimento de ALEJANDRO DEL TORO MARZAL que, por sinal, foi mencionado por SILVA FRANCO como exemplo de tese contrária a defendida por ele em seu artigo, é um dos que mais deixa evidenciado um dos vários acertos, sem querer, cometidos pelo legislador pátrio, ao editar a Lei n.º 9.455/97. Fala-se da definição do delito de prática de tortura como crime próprio.

"A tortura deve ser castigada em si mesma e por si mesma, em razão de seus detestáveis métodos e por seus fins contrários à liberdade e dignidade. Destarte, não considerar que particulares ou extremistas de qualquer tendência possam também empregar a tortura, tanto em relação a outros indivíduos, como aos próprios funcionários públicos, é limitação demagógica e contraproducente, pois tal conclusão carece de lógica jurídica, se se consideram crimes internacionais, fatos cometidos por particulares, como, por exemplo, o tráfico de brancas e de drogas, e se ainda, como parece óbvio, nem todos os funcionários públicos de todos os países foram ou serão torturadores. O monopólio do tipo, pelos funcionários públicos, não contribui para melhorar suas atuações, nem para incrementar seu apreço pelos direitos humanos"(20).

E não se diga, como argumentação contrária, que a Lei n.º 9.455/97 é inconstitucional por ferir o também constitucional princípio da legalidade, tendo ampliado o alcance do delito de prática de tortura, previsto pelo mandamento constitucional decorrente das Convenções internacionais mencionadas, ratificadas pelo Brasil, tornando-o crime comum, quando por elas era definido como "próprio".

Essa conclusão se justifica pelos seguintes argumentos, na mesma linha de raciocínio que considera o sistema monista para a incorporação dos tratados internacionais protetores de direitos humanitários fundamentais, absorvido ainda esta, pela acepção mista adotada pela Constituição de 1988, defendida também pelos opositores da constitucionalidade da nova Lei de Repressão e Punição da Tortura.

Basta, inicialmente, atentar-se para o disposto no artigo 16 da Convenção Interamericana de 1985, o qual reza:

"(...)

Artigo 16

Esta Convenção deixa a salvo o disposto pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por outras Convenções sobre a matéria e pelo Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com relação ao delito de tortura".

Neste sentido, procede-se à leitura do artigo 1.º da Convenção da ONU de 1984, para exterminar, de uma vez por todas, qualquer dúvida acerca da constitucionalidade da Lei Federal Especial Brasileira de 1997:

"Artigo 1.º

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

Conclui-se que, depois de definir a tortura como crime próprio, o restrito artigo 1.º da Convenção da ONU - assim como o também nestes moldes delimitador artigo 2.º da Convenção Interamericana de 1985 - o próprio tratado internacional de 1984, derivado das Nações Unidas, ratificado e promulgado pelo Brasil, e, de acordo com a concepção mista, incorporado no ordenamento jurídico nacional com status de norma constitucional, não impede "*qualquer instrumento internacional ou LEGISLAÇÃO NACIONAL que contenha ou possa conter dispositivos de alcance mais amplos*".

Como dito, a Convenção Interamericana pertinente ao assunto também é restritiva ao conceituar a tortura apenas como delito próprio, mas deixa a salvo a Convenção da ONU, de 1984, por força de seu artigo 16.

Assim, a própria norma constitucional, decorrente de Tratado Internacional de Prevenção e Punição da Tortura, incorporada como cláusula pétrea na Constituição Federal Brasileira(21), contém uma ressalva relativa à sua interpretação, tornando constitucional a Lei n.º 9.455/97 ao permitir que a legislação nacional edite dispositivos de maior alcance, de maior abrangência, visando o tratamento legal adequado e justo frente a este crime grave. A Lei de 1997, relativa à prática da tortura, não agiu de maneira diferente à permitida pelo artigo 1.º da Convenção da ONU, norma esta constitucional. O que obedece a Constituição não pode ser declarado inconstitucional.

E, mesmo que se tentasse achar um eventual conflito entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos, neste caso, ditados pelas Convenções mencionadas, e o Direito Interno Brasileiro, esquecendo-se do teor integral do artigo 1.º, da Convenção de 1984, ou mesmo, considerando-se como conflituoso o fato desta última Convenção conter a referida ressalva, não encontrada no outro Ato Internacional de 1985, também ratificado pelo Estado Brasileiro, apela-se para o entendimento de FLÁVIA PIOVESAN(22):

"... na hipótese do eventual conflito entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Interno, adota-se o critério da prevalência da norma mais favorável à vítima. Em outras palavras, a primazia é da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos da pessoa humana"(23).

Como a Convenção da ONU (1984) é mais benéfica à vítima de tortura, por descrever, da mesma maneira que a Convenção Interamericana pertinente datada de 1985, o delito de tortura como próprio, mas permitir que seu conceito seja ampliado por legislação nacional ou outro Acordo Internacional, deve permanecer - se entre tais documentos interpretar-se pela existência de conflito em função da ressalva determinada (24).

Do mesmo modo, no que se refere a descrição típica da Convenção de 1985, a Lei n.º 9.455/97 é mais benéfica, por permitir que não só o funcionário público seja o autor do crime de tortura, mas sim, qualquer pessoa, prevendo a possibilidade de configuração de tal prática delituosa como "comum".

Isso impede que o torturador que não pertence aos quadros da Administração esteja isento de responsabilização caso viesse a torturar alguém, circunstância que poderia ocorrer se considerada inconstitucional a Lei Federal de 1997. Tal diploma legal, de forma mista, prevê a devida responsabilização do torturador funcionário público, do torturador do qual ela mesmo exige outras condições especiais, diversas das existentes em função do desempenho público, criando outros tipos penais próprios, bem como prevê a punição

daquele torturador que age praticando a conduta delitativa, classificada como tortura, sem no entanto, ter usado de qualquer condição especial necessária para isso.

Por ser mais abrangente e atender ao artigo 1.º da Convenção da ONU, que possui status de norma constitucional, a Lei Federal n.º 9.455/97 é, além de constitucional, mais benéfica à vítima. Pois, sendo mais abrangente, tem mais chances de punir efetivamente o criminoso, prevalecendo assim, se alegado eventual conflito frente à Convenção Interamericana de 1985.

---

## NOTAS

(1) Cf. Parte I, artigo 1.º, da *Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*.

(2) *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. 2.ª edição; Prefácio de HENRY STEINER e Apresentação de ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE; p. 103/127 - Ed. Max Limonad, 1997.

(3) FLÁVIA PIOVESAN, op. cit., supra, p. 111.

(4) Op. cit., supra, p. 111. A autora defende a tendência contemporânea das Constituições em adotar a sistemática mista de incorporação dos tratados internacionais, consistente em uma metodologia própria para os atos correspondentes à proteção de direitos humanos e, outra, para os demais diplomas internacionais acerca de matérias diversas das garantias fundamentais da pessoa humana.

(5) v. arts. 5.º, §§ 1.º e 2.º; e 102, inciso III, "b", ambos da CF/88.

(6) v. art. 60, § 4.º, da CF/88. Interessante, ainda, sobre a problemática da incorporação, a leitura das págs. 130-2, do *Curso de Direito Constitucional*, dos professores autores LUIZ ALBERTO DAVID ARAÚJO e VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, Ed. Saraiva - São Paulo, 1998. Referidos professores adotam a concepção dualista, sem exceções. Asseveram tais autores que o tratado pode até ser veiculador de direito individuais ou coletivos, mas ingressa na ordem jurídica nacional com natureza de norma ordinária. Em nota de rodapé explicativa de tal posição - n.º 152, p. 132 - dizem que: "... o entendimento contrário tem trazido grande dificuldade para a aplicação dos tratados, especialmente diante do temor de se estar alterando a Constituição Federal por decreto legislativo. Pensamos que ajustar os tratados para o plano ordinário, aliás, de onde nunca saíram, colaborará para uma interpretação mais efetiva do instrumento legislativo, fazendo com que o aplicador do direito aplique mais efetivamente o tratado, sem o temor de alteração do Texto Maior por via ordinária".

(7) *Tortura - breves anotações sobre a Lei n.º 9.455/97*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.º 19 - Doutrina Nacional, p. 58.

(8) *Ibidem*, supra, p. 59.

(9) SILVA FRANCO, em artigo publicado na Revista n.º 19, do IBCCRIM, transcreve algumas passagens de algumas das obras dos autores mencionados neste parágrafo, no mesmo sentido de suas conclusões.

(10) *Crisis y Pervivencia de la Tortura. Estudios Penales - Libro homenaje ao Profesor J. Antón Oneca*. Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, p. 802.

(11) op. cit. p. 795-6.

(12) *Derecho Penal - Parte Especial*. Valencia : Tirant lo Blanch, 1990, p. 113.

(13) *Derecho Penal - Parte Especial*. 8.ª edição Valencia : Tirant lo Blanc, 1991, p. 667).

(14) Revista Brasileira de Ciências Criminais n.º 19 - págs. 60-1.

(15) *Ibidem, supra*, (14).

(16) *Ibidem, supra*, (14).

(17) A Tortura como Figura Típica Autônoma. *Enfoque Jurídico*, TRF, da 1.ª Região, março-abril de 1997.

(18) Algumas Notas sobre a Nova Lei de Tortura. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n.º 54 - p. 2.

(19) O referido jurista, na p. 60 de seu artigo, publicado pela Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.º 19, menciona, além dos dois autores que se manifestaram após a publicação da Lei Federal de Repressão Punição à Tortura, acima relacionados, VIVES ANTÓN et al, que na página 114 da obra *Derecho Penal - Parte Especial (ibidem cit.12,)* assim se manifestou: "*o que dá substantivação ao delito é o abuso do poder vinculado ao atentado contra as garantias, penal e processual. Os fatos realizados por particulares não podem reunir esses dados característicos e, em qualquer caso, para seu castigo, há uma larga série de figuras genéricas*".

(20) *La Reforma del Derecho Penal*, p. 271, Universidad Autonoma de Barcelona, 1980, *apud* ALBERTO SILVA FRANCO, em artigo publicado na Revista do IBCCRIM, p. 60.

(21) Cf. artigos 5.º, §§ 1.º e 2.º, e, 60, § 4.º, da CF/88.

(22) *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. Editora Max Limonad - 2.ª edição - pág. 123.

(23) Tal critério de prevalência do direito mais favorável à vítima deve ser adotado no caso de conflito entre dois tratados ratificados pelo Brasil.

(24) Cf. artigo 1.º da Referida Convenção Internacional de 1984.