

A INCONSTITUCIONALIDADE DA NÃO HEDIONDEZ DA TORTURA POR OMISSÃO

Thiago Fonseca Werneck Costa
Acadêmico do Curso de Direito do Iptan 2016
thiagoufjf@gmail.com

RESUMO

Este artigo tem o objetivo de abordar a inconstitucionalidade de uma pena mais branda para tortura por omissão e demonstrar que há flagrante desrespeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, e aos tratados assinados pelo Brasil, ao se considerar a tortura omissiva como não hedionda. Para alcançar esse intento foi adotada a metodologia de levantamento bibliográfico sobre o Direito Constitucional, Direito Penal e legislação específica de tortura. Como resultado da pesquisa observou-se que a Constituição Federal está sendo desrespeitada pelo § 2º da Lei 9.445/97. Isso acontece porque a tortura omissiva, ao contrário do que preceitua a Constituição Federal, não tem sido considerada hedionda. Nota-se um equívoco do legislador ao, de forma prematura, inserir mencionado parágrafo à Lei. Diante dos dados apresentados, mostra-se nítida a ideia de que é inconstitucional o tratamento mais branda à pena daquele que comete o crime de tortura por omissão. Por esta razão há equívoco em nosso ordenamento jurídico ao ainda aplicar um parágrafo de lei ordinária que fere o texto constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Tortura omissiva. Pena mais branda. Inconstitucionalidade.

Introdução

A Lei 9.455/97, que define os crime de tortura e dá outras providências, traz a seguinte redação para tortura omissiva: "§ 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos." (BRASIL, 1997, sp). O presente trabalho busca debater uma possível inconstitucionalidade deste parágrafo da Lei em tela, por ela definir uma pena mais branda para o crime omissivo de tortura.

A prática de infligir sofrimento agudo a uma pessoa afim de arrancar dela informações ou confissões ainda é comum na sociedade, na brasileira inclusive. Isso fica demonstrado em constantes relatórios da ONU que revelam alto índice de tortura, principalmente, no sistema carcerário nacional. Diante dessa

constatação surge o interesse de se pesquisar se a legislação brasileira está sendo aplicada da forma adequada para o combate a tortura, em especial, omissiva: àquela em que a autoridade/garantidor, mesmo com o dever de evitar, permite que a tortura seja praticada.

Há uma preocupação do constituinte originário para agravar as penas e inibir a tortura, inclusive a por omissão. A intenção é estudar se o legislador ordinário seguiu os preceitos constitucionais ao tipificar a tortura omissiva. Para tal, se faz necessário demonstrar em que contexto foi elaborada a Lei 9.455/97, a qual foi editada logo depois do famoso caso da violência policial flagrante pelas câmeras na Favela Naval, em Diadema, São Paulo, em 1997. O objetivo é compreender se houve leniência do legislador com aquele que comete esse delito na forma omissiva.

Assim, importante compreender a diferença dos crimes comissivos e omissivos próprios e impróprios, além da posição do garantidor. Busca-se com essa análise observar se realmente houve um erro do legislador e avaliar o que ocorreria em caso de uma possível não inserção do parágrafo 2º na Lei em análise.

Há ainda a preocupação de se diferenciar os núcleos do tipo penal em estudo: evitar e apurar. Busca-se avaliar os efeitos de uma possível declaração de inconstitucionalidade para cada um dos respectivos casos. Isso porque a análise do presente artigo se limita a tipificação definida pelo verbo "evitar". Por fim, o trabalho traz as questões atinentes a hierarquia das normas e força da Constituição e estuda se há compatibilidade entre esta e a norma que define a pena mais branda para a tortura omissiva.

Assim, em um primeiro momento tem-se um panorama histórico da tortura e do comprometimento do Brasil em combatê-la. Demonstra-se a forma como a norma foi implantada em vista de entender se houve equívocos na definição da tortura omissiva. Em seguida, busca-se um olhar perante o Direito Penal e as características do tipo penal da tortura. Assim, chega-se ao derradeiro capítulo

para analisar a Constituição Federal em comparação com parágrafo da lei em estudo para se chegar a um entendimento se é, ou não, inconstitucional o § 2º da Lei 9.455/97.

1- O crime de tortura e os motivos de uma legislação mais rígida

O Brasil é um dos países signatários da Convenção contra Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984. Esse Tratado Internacional é o que traz a definição do conceito de tortura mais utilizado em termos gerais.

Qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, por sua instigação, ou com seu consentimento ou aquiescência. (INTERNACIONAL, 1984,sp).

O Tratado foi ratificado pelo Brasil, em 1989, mostrando que o país se comprometeu a combater o crime de tortura. Essa postura já havia ficado clara, em 1988, com a promulgação da Constituição Federal da República, que em seu artigo 5º, inciso III, garante que "ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante". Essa é uma das mostras que o nosso constituinte originário estava preocupado em coibir práticas que haviam sido comuns no período da ditadura quando, conforme relata Sheila Bierrenbach, "os direitos humanos foram flagrantemente desrespeitados. O exemplo mais recente ocorreu com a tomada do Poder pelos militares, quando do Golpe de 31 de março de 1964." (BIERRENBACH, 2010, p. 5).

A preocupação do constituinte não se limitou ao inciso citado acima. No mesmo artigo 5º, no inciso XLIII, equipara a tortura aos crimes hediondos.

A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles

respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem. (Brasil, 1988,sp).

Quando a Constituição Federal confere à tortura esse caráter de hediondez tem-se a real noção da gravidade que deve ser imposta nas sanções àquele que comete este ilícito penal. Isso porque o crime hediondo, segundo definição do dicionário Caldas Aulete, é o "que manifesta extrema abjeção ou depravação nos seus atos; que inspira pelos seus vícios ou crimes repulsa e horror" (AULETE, 1987, p.382). Ou seja, nosso ordenamento jurídico confere à tortura o mais alto grau de reprovabilidade. Por essa razão já há a definição do maior rigor da punição com impossibilidade de fiança, graça e anistia.

Dessa forma, resta claro a valoração diferenciada para combater a tortura, inclusive na forma omissiva (tema que iremos enfrentar adiante), fixada pela Constituição Federal. Assim, aqueles que praticarem a tortura devem receber um tratamento mais rígido como os definidos na lei que trata de crimes hediondos e os já preceituados na Constituição.

A diferenciação não acaba por aí. Outro aspecto importante deste inciso constitucional é ressaltado no trabalho de Sheila Bienrrenbach a qual destaca que "chama a atenção por sua vez, a impropriedade de a norma constitucional mencionar a responsabilidade de mandantes, executores e omitentes, matéria que cabe, obviamente, à lei ordinária" (BIERRENBACH, 2010, p. 8). O que teria levado o legislador constitucional a invadir, de maneira tão explícita, a área de atuação reservada normalmente ao legislador originário? Conforme preceitua Alberto Silva Franco há um objetivo claro nessa atitude do constituinte originário que é "a consideração de que certos bens jurídicos, pela importância que lhes era ínsita, deveriam ficar resguardados, mesmo em nível constitucional, através de uma adequada proteção penal". (FRANCO, *apud*, ARAUJO, 2011, p.11).

Ao destacar em seu trabalho os aspectos processuais penais da Lei que define o crime de tortura, Walberto Fernandes Lima, ressalta o porquê da grande preocupação com tema.

A tortura constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete - enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva - um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo. (LIMA, 2010, p.142).

Apesar dessa relevância em se combater um crime tão lesivo aos direitos humanos o legislador brasileiro só criou uma norma para tipificá-la, por motivos casuístico, muito tempo depois de ter ratificado o Tratado Internacional contra a tortura. É o que explica Bienrrenbach ao introduzir o assunto da Lei.

Assumiu, pois, compromisso internacional de tipificar a tortura, o que só aconteceu oito anos após, em 1997. Para tanto foi necessário que se tornassem públicos os abusos cometidos por policiais militares em Diadema, na Grande São Paulo, que culminara com a morte de um pacífico trabalhador. Aquilo que era corriqueiro, já que conhecida a truculência com que age grande parte dos policiais brasileiros, adquiriu enorme repercussão, nacional e internacional, uma vez que as imagens da violência foram transmitidas em cadeia pela televisão. O chamado Caso Favela Naval fez com que se transformasse em lei um dos projetos sobre a tortura que se encontravam no Senado Federal. (BIERRENBACH, 2010, p. 11).

Fica claro que apenas um efeito midiático, que criou pressão da sociedade, fez com que saísse do papel uma legislação de combate a tortura no Brasil. O fato aconteceu em 31 de março de 1997 e, logo uma semana depois, em 7 de abril de 1997 foi sancionada a Lei nº 9.455. Isso demonstra que pesou muito mais para sanção da lei a pressão exercida pela imprensa do que a vontade estatal, conforme bem destaca Bierrenbach.

Apesar de a prática de tortura em nosso país ser pública e notória, apesar de figurarmos, constantemente, nos relatórios internacionais como violadores contumazes dos direitos humanos, fez-se necessária a divulgação maciça do Caso Favela Naval para que o legislador brasileiro saísse da sua inércia. (BIERRENBACH, 2010, p. 35).

É dessa forma também que leciona Alberto Silva Franco que considera que este evento específico serviu de “poderosa alavanca para movimentação do Congresso Nacional” (FRANCO, *apud*, ARAÚJO, 2011, p.8). A ideia é complementada por Guilherme Corrêa de Araújo que em seu artigo dá sequência ao pensamento de Franco concluindo que esta pressão “resultou na aprovação, apressada e sem maiores discussões, de um texto cujas deficiências seriam “notórias”” (ARAÚJO, 2011, p.8).

Prova disso foi a inserção em cima da hora da alínea de omissão conforme ressalta o artigo de Araújo.

De se registrar que a tipificação da figura do omitente, de que cuida o art. 1º, § 2º, da Lei em comento, não constava do texto inicial ou do aprovado na Comissão de Constituição da Câmara, tendo surgido justamente na emenda aglutinativa apresentada no Plenário da Câmara. (ARAÚJO, 2011, p.8)

Conforme veremos mais adiante é este parágrafo da Lei que tem aqui sua constitucionalidade questionada. Destacados esses pontos relevantes, pende observar como Lei 9.455/97 tipificou o crime de tortura:

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 informações b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa; c) em razão de discriminação racial ou religiosa; II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Pena - reclusão, de dois a oito anos. § 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal. § 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos. (BRASIL,1997, sp).

Acima estão listadas todas as modalidades de tortura previstas pelo nosso legislador. Impende notar que nossa Lei vai além do pactuado nos Tratados Internacionais de que somos parte. Conforme destaca Bierrenbach, estes "exigem a presença do agente público no cenário delitivo, na condição de autor ou partícipe." (BIERRENBACH, 2006, p. 12). Já nossa legislação traz um leque maior de agentes e assim "destoa das normas internacionais, no que concerne ao sujeito ativo do delito" (Ibidem) já que considera a tortura um crime comum, ou seja, que não exige agente específico, podendo ser cometido por qualquer sujeito.

Apesar desse alargamento do sujeito ativo do crime de tortura isso não tem refletido em resultados efetivos de combate a este crime. O recente relatório da ONU, do Relator especial, Juan Méndez, evidencia que a tortura ainda é prática comum dentro dos presídios brasileiros. Em entrevista à Agência Brasil ele destacou o triste cenário no país.

Não estou dizendo que todos os presos são submetidos [à tortura], mas o número de testemunhos e a contundência dos relatos que recebemos me levam a crer que não seja um fenômeno isolado. Não creio que qualquer pessoa no governo defenda esse método, mas, em termos estruturais, a tortura ocorre, e o torturador fica impune. (AGÊNCIA BRASIL, 2015, sp).

Como depreende-se do relato, nem mesmo todo o rigor dado à punição daquele que comete o crime tem se refletido em seu efetivo combate. A situação ainda fica pior quando se trata da tortura por omissão que, atualmente, recebe uma punição mais branda. “Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos”. (BRASIL, 1997, sp). Essa pena menor e a definição de detenção, para doutrina majoritária, afasta o caráter o hediondo da figura omissiva. É esse entendimento que aqui é questionado.

2- O crime de tortura e as formas comissiva e omissiva

Para melhor compreensão do tema se faz necessário entender o que são crimes comissivos e omissivos. Na lição de Rogério Greco essa diferenciação fica bem compreendida.

A conduta do agente pode consistir num fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Quando o agente faz alguma coisa que estava proibido, fala-se em crime comissivo; quando deixa de fazer alguma coisa a que estava obrigado, temos um crime omissivo. (GRECO, 2013, p. 229).

No caso de crime omissivo há ainda uma subdivisão entre impróprios (comissivos por omissão) e omissivos próprios, conforme bem explica o autor, referência em direito penal no Brasil, Cesar Bitencourt.

O crime omissivo próprio consiste no fato de o agente deixar de realizar determinada conduta, tendo a obrigação jurídica de fazê-lo; configura-se com a simples abstenção da conduta devida, quando podia e devia realizá-la, independentemente do resultado. A inatividade constitui, em si mesma, crime (omissão de socorro). No crime omissivo impróprio ou comissivo por omissão, a omissão é meio através do qual o agente produz um resultado. Nestes crimes, o agente responde não pela omissão simplesmente, mas pelo resultado decorrente desta, a que estava, juridicamente obrigado a impedir. (BITENCOURT, 2013, p.280).

Nota-se então, que o legislador define a conduta omissiva própria como aquela que não depende de resultado naturalístico e que está tipificada. Como conceitua Greco, esta é a diferença base entre as duas omissões.

A diferença básica entre crime omissivo próprio e o impróprio é que no crime omissivo próprio o legislador faz expressamente a previsão típica da conduta que deve ser imposta ao agente. (...) Já nos crimes omissivos impróprios, considerados tipos abertos, não há essa prévia definição típica. (GRECO, 2013,p.230).

Como o legislador inseriu o parágrafo 2º na lei do crime de tortura, definindo sua forma omissiva, ela passa a ser um crime de omissão própria conforme explica Bierranbach. "Tipificando a conduta descrita na primeira parte do dispositivo, criou a lei um crime omissivo próprio de garante" (BIERRENBACH, 2006, p.71). Caso esse parágrafo não integrasse a lei, responderia o agente da tortura omissiva por crime hediondo com pena de reclusão de dois a oito anos e não apenas à detenção de um a quatro anos. Isso porque "mesmo inexistindo norma especial, o garantidor responderia pela prática omissiva imprópria da tortura, em qualquer das suas modalidades", reforça. (Ibidem).

O fato de não haver norma especial e mesmo assim existir responsabilidade do garantidores acontece porque o Código Penal brasileiro adota a Teoria Monista para o concurso de pessoas. Isso quer dizer, conforme assevera Greco, que existe um crime único independente do tamanho e forma de participação de cada sujeito.

A teoria monista, também conhecida como unitária, adotada pelo nosso Código Penal, aduz que todos aqueles que concorrem para o crime incidem nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. Para teoria monista existe um crime único, atribuído a todos aqueles que para ele concorreram, autores ou partícipes. (GRECO, 2013, p.419).

Seguindo esse preceito o artigo 13, §2º, do Código Penal traz a figura da omissão imprópria para aquele que tem o dever de agir em determinadas situações.

§2º. A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu

comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. (BRASIL, 1940, sp).

No caso da tortura e de outros crimes omissivos a responsabilidade criminal aconteceria para aquele que tem por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância como explica de forma didática Bitencourt.

Nos crimes comissivos por omissão, existe uma norma, que Novoa Monreal chama de *norma de dever de segundo grau*, dirigida a um grupo restrito de sujeitos. *Norma* esta que impõe um dever de agir para impedir que processos alheios ao sujeito, estranhos a ele, venham a ocasionar um resultado lesivo. Essa norma, mandamentalmente, é dirigida a um grupo restrito, enquanto a norma proibitiva dirige-se a todos aqueles que podem ser sujeitos ativos do crime. Enfim, a norma do *mandado de segundo grau* dirige-se apenas àquelas pessoas que têm uma especial relação de proteção com o bem juridicamente tutelado. Devem, em primeiro lugar, logicamente, abster-se de praticar a conduta que o lese, como qualquer outro; em segundo lugar devem também agir para evitar que outros processos causais possam ocasionar algum dano. (BITENCOURT, 2013, p.311).

Assim, o policial, que, logicamente, tem como dever precípua o cuidado e vigilância, que não age para evitar a tortura seria punido com a mesma pena do que estivesse praticando a tortura comissiva, cada qual na medida de sua culpabilidade. Mas, ao contrário disso, a inserção do parágrafo 2º na lei do crime de tortura faz com que essa omissão seja própria e ainda propicia, como ressalta Bierranbach, um equívoco ainda mais grave.

Não bastasse o equívoco cometido pelo legislador, ao tipificar a forma omissiva da tortura, errou, uma vez mais, e de forma mais grave, ao cominar pena de 1 a 4 anos de detenção, enquanto a prática da tortura é punida com pena de 2 a 8 anos de reclusão. (BIERRENBACH, 2006, p.71).

É essa distorção que afasta o caráter hediondo da tortura omissiva. Impende destacar que esse parágrafo sequer estava previsto nos projetos de lei em tramitação na câmara conforme explica Araújo em seu estudo.

De se registrar que a tipificação da figura do omitente, de que cuida o art. 1º, § 2º, da Lei em comento, não constava do texto inicial ou do aprovado na CCJC, tendo surgido justamente na emenda aglutinativa apresentada no Plenário da Câmara. Sobre ela se pronunciou o Relator, Deputado Régis Oliveira: Em seguida, devo dizer que o projeto passa também a penalizar aquele que se omite, em face de alguma agressão, de algo que tinha o dever de evitar. Vou exemplificar a situação. O que acontece ao delegado que vê algum policial se viciar outro ou torturar alguém, afastando-se sem tomar providências? De um lado, pelo fato de

não estar cometendo o mesmo crime, alguém que terá esse comportamento de omissão sofrerá pena de detenção de um a quatro anos, o que possibilita o acordo entre o advogado e o Ministério Público. (ARAÚJO, 2011, p.9).

Nota-se que ocorreu uma emenda ao projeto de lei que, como já vimos, foi aprovado às pressas por pressão popular. Destaca-se que tal parágrafo não foi apreciado pela Comissão de Justiça da Câmara e mesmo assim foi aprovado. Revela-se o desconhecimento de que "a legislação brasileira não distingue do ponto de vista da gravidade, as práticas comissiva e omissiva dos delitos", como destaca Bierrenbach (BIERRENBACH, 2006, p.71). É esta pena mais branda que aqui se defende ser inconstitucional.

3- A inconstitucionalidade da pena mais branda para tortura por omissão

O parágrafo 2º, do artigo 1º da Lei 9.455/97, inserido precipitadamente pelo legislador, define assim a tortura omissiva: "Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos". (BRASIL, 1997, sp). Esse é o tipo penal que define o crime de tortura omissiva. Bitencourt explica que "tipo é o conjunto dos elementos do fato punível descrito na lei penal". (BITENCOURT, 2013, p.344).

O tipo penal é composto por elementos objetivos e subjetivos. A análise fica agora concentrada no elemento núcleo que de acordo com Greco "é o verbo que descreve a conduta proibida pela lei". (GRECO, 2013, p.174). Nesse caso há dois núcleos do tipo que vêm à tona através dos verbos evitar e apurar. Por isso, percebemos que há duas omissões previstas na Lei de Tortura que definem os crimes de omissão daqueles que têm o dever: de apurar e o de evitar.

O caso da autoridade que deve determinar apuração, ou ela mesmo apurar a tortura, não está eivado de inconstitucionalidade. Mas, como punir agentes que deixem de apurar a tortura caso esse parágrafo em comento seja declarado inconstitucional? Como explica Bierrenbach, o que aconteceria é que "na ausência do tipo penal ora examinado, responderia o omitente por prevaricação (artigo 319 do Código Penal) ou por condescendência criminosa (artigo 320 do mesmo estatuto)". (BIERRENBACH, 2006, p. 72).

Superado esse ponto, retoma-se o objeto do presente estudo que se concentra no núcleo "evitar". Já houve discussão sobre a questão deste ser um crime próprio "que só pode ser praticado por um grupo determinado de pessoas que gozem de condição especial exigida pelo tipo penal" (GRECO, 2013, p 429) ou crime comum quando "o legislador não se preocupa em apontar o sujeito ativo, uma vez que as infrações dessa natureza podem ser cometidas por qualquer pessoa", define Rogério Greco. (GRECO, 2013, p 175).

Apesar de haver discussão, já é pacífico na doutrina que deixar de evitar a tortura (quando tinha o dever de agir) trata-se de um crime comum, ou seja, que pode ser praticado por qualquer pessoa. Isso porque, embora a tortura possa parecer crime próprio de agentes públicos, em especial quantos aos que são autoridades policiais, revela-se crime comum bastando que o sujeito ativo seja definido como garante (conforme explicitado no capítulo anterior). É o que confirma decisão do STF em *habeas corpus* de padrasto que não evitou que sua enteada fosse torturada.

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) negou o Habeas Corpus (HC 94789) com o qual a defesa de Erasmo Freire Souza pretendia afastar a condenação que lhe foi imposta pela Justiça do Rio de Janeiro por não ter evitado que sua companheira maltratasse o filho dela. Erasmo foi condenado por omissão com base na Lei nº 9.455/97, que define os crimes de tortura, à pena de cinco anos e quatro meses de detenção em regime semiaberto. O dispositivo legal estabelece que aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos. No caso de Erasmo, a pena foi aumentada em razão do agravante de o crime ter sido cometido contra uma criança indefesa. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010, sp).

Percebe-se que, mesmo não sendo pai da criança, o padrasto teve a condenação mantida por ter a posição de garante confirmada pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, qualquer pessoa pode ser agente da tortura omissiva bastando estar na posição de garantidora.

Nesse mesmo caso fica nítido como prevalece o entendimento de que a tortura omissiva tem pena mais branda. O mesmo acontece em outros julgados como o da seguinte decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

O padrasto de um menino de 3 anos foi condenado a nove anos e 10 meses de prisão em regime fechado por crime de tortura e de maus tratos. Ele queimou várias partes do corpo da criança com um ferro elétrico. A mãe do menino, por sua vez, foi condenada pelo delito de tortura, na modalidade omissiva, a um ano, oito meses e 12 dias de detenção, em regime inicial aberto. A decisão é da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, 2015, sp)

Nota-se que a mãe omissa teve pena de detenção de 1 ano e não respondeu por crime hediondo. Como reforça Nucci é inadmissível o tratamento brando dado ao agente que se omite. "É incompreensível a condescendência do legislador com a pessoa (normalmente, autoridade) que tem o poder para fazer cessar a tortura e se omite" (NUCCI, 2011, p. 818).

A situação do tratamento diferencial fica ainda mais clara com o § 7º do Art. 1º da Lei 9.455/97 que define: "O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado." (BRASIL, 1997, sp). Essa exceção trazida no § 7º tem como consequência que "em face da ressalva constante do texto legal, constata-se que, para a figura omissiva prevista no § 2º, é possível a fixação do regime inicial aberto, bem como a concessão do sursis ou a substituição por pena restritiva de direitos", ressalta Vitor Gonçalves. (GONÇALVES, 2011, p.100).

Isso acontece porque a doutrina majoritária entende que deve ser aplicada a punição prevista em legislação especial. Quando há concurso de normas a que tiver maior especialidade irá prevalecer, conforme explica Sílvio de Salvo Venosa. "Havendo norma geral e norma especial sobre a mesma matéria, prevalece a especial quando assim expressamente o declarar". (VENOSA, 2010, p 110).

Então, para corrente que prevalece em nosso ordenamento jurídico, embora a Constituição Federal defina que o modo omissivo da tortura seja hediondo, a legislação especial ainda sim deve ser aplicada. Esse posicionamento também está amparado por um dos princípios essenciais do nosso direito penal: a interpretação *in dubio pro reo*. Explicado assim por Nelson Hungria.

Desde que não seja possível descobrir-se a *voluntas legis*, deve guiar-se o intérprete pela conhecida máxima: *favorabilia sunt amplianda, odiosa restringenda*. O que vale dizer: a lei penal deve ser interpretada restritivamente quando prejudicial ao réu, e extensivamente no caso contrário. (HUNGRIA, *apud* GRECO, 2013, p. 43)

Apesar dessa postura, adequada à aplicação do direito penal, jamais pode ser desconsiderada a supremacia que deve ter a Carta Magna, conforme ressalta José Afonso da Silva. "Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais". (SILVA, 2013, p. 48).

Dessa forma a Constituição está acima de qualquer outra norma em nosso ordenamento jurídico e conforme ensinamento do mestre José Afonso da Silva percebemos flagrante inconstitucionalidade por ação quando uma lei ordinária contraria preceito constitucional.

Inconstitucionalidade por Ação. Ocorre com a produção de atos legislativos ou administrativos que contrariem normas ou princípios da constituição. O fundamento dessa inconstitucionalidade está no fato de que o princípio da supremacia da constituição resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a constituição. (SILVA, 2013, p.49).

E nesse ponto há flagrante desrespeito a Constituição Federal. Isso porque a Carta Magna é clara ao dizer que a prática omissiva também deve ser considerada hedionda quando no seu artigo 5º, no inciso XLIII, (abaixo mais uma vez *in verbis*) define que a tortura equipare-se a crime hediondo inclusive para aqueles que podendo evitá-la se omitem.

A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem. (Brasil, 1988, sp.)

E, já que equiparada ao crime hediondo, deveria o agente da tortura por omissão responder pela mesma pena e mesmo rigores daquele que pratica a tortura na sua forma comissiva e não por uma pena mais branda como detenção

e, ainda, podendo a ter o benefício da suspensão condicional do processo. Isso porque como preceitua José Afonso da Silva. "A tortura não é só um crime contra o direito à vida. É uma crueldade que atinge a pessoa em todas as suas dimensões, e a humanidade como um todo". (SILVA, 2013, p 207).

Considerações Finais

Demonstra-se com o presente trabalho que houve um descuido do legislador ao acrescentar à Lei 9.455/97 o parágrafo que define a tortura por omissão. Afinal, a postura seria punida mesmo que não fosse tipificada em virtude da Teoria Monista adotada pelo Código Penal. O único resultado dessa ação do legislador foi tornar mais branda a tortura por omissão.

Isso se demonstra um flagrante desrespeito a Constituição Federal. Fato que acontece porque a Carta Magna definiu em seu artigo 5º que a tortura omissiva deve ser hedionda. Tal tratamento mais enérgico está ancorado no ultraje e repulsa que o crime de tortura tem para uma sociedade que respeita os Direitos Humanos.

Além do mais, nosso sistema penal trata com a mesma gravidade, em regra, as posturas comissivas e omissivas. Não deveria o legislador, sob intensa pressão midiática e internacional para tomar medidas contra a tortura, criar de última hora um parágrafo (2º) desnecessário para definir a pena já preestabelecida como mais rígida pela Constituição.

Os relatórios da ONU demonstram que são inúmeros os casos de policiais que fazem vistas grossas para casos de tortura. Uma situação que agrava ainda mais os cenários nos presídios brasileiros e que afeta diretamente a dignidade da pessoa humana. Uma legislação mais rígida, no sentido de estabelecer a hediondez da tortura omissiva, pode não ser a solução, mas já é um primeiro passo.

Por isso, registra-se que a inconstitucionalidade da pena mais branda para tortura por omissão não vai resolver o problema da alta incidência da prática da

tortura. Apesar disso, percebe-se que é sim caso de inconstitucionalidade. Há um flagrante equívoco na aplicação do direito ao se permitir e defender que uma lei ordinária contrarie dispositivo da Constituição Federal. Por esta razão deve o § 2º da Lei 9.455/97 ser declarado inconstitucional.

REFERÊNCIAS

AGENCIA BRASIL. Notícias. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2015-08/tortura-em-presidios-brasileiros-e-endemica-aponta-relator-da-onu>>. Acesso em 05/09/16.

ARAÚJO, Guilherme de Côrrea. O tipo penal do § 2º, do art. 1º, DA LEI. 9.455/97 (TORTURA). Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2011/trabalhos_12011/GuilhermeCorreadeAraujo.pdf>. Acesso em 07/07/16.

AULETE, Caldas. Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa. 8. ed. Rio de Janeiro: Delta, 1987.

BIERRENBACH, Sheila; LIMA, Walberto Fernandes. Comentários à Lei de Tortura - Aspectos Penais e Processuais Penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31/07/16.

BRASIL. Constituição Federal. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 15/08/16.

BRASIL. Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9455.htm>. Acesso em 30/07/16.

GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. Legislação Especial Penal. 8ªed. São Paulo: Saraiva. 2011.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal Parte Geral. 15ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

INTERNACIONAL. Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. 1984. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/tortura/lex221.htm>>. Acesso em 13/08/16.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. Relator da ONU condena prática de tortura e racismo institucional' nos presídios brasileiros. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/relator-da-onu-condena-pratica-de-tortura-e-racismo-institucional-nos-presidios-brasileiros/>>. Acesso em 04/09/16.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 7ª ed. São Paulo: RT, 2011.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 36.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. Notícias do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=125278>>. Acesso em 30/08/16.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Notícias. Disponível em <<http://www.tjmg.jus.br/portal/imprensa/noticias/mae-e-padrasto-sao-condenados-por-tortura-contr-a-crianca.htm#.WAKpWPkrLDc>>. Acesso em 06/09/16.

VENOSA, SÍLVIO DE SALVO. Introdução ao Estudo do Direito: primeiras linhas. 3ª ed. São Paulo: Atlas.2010.