



FLAGRANTE INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 1º DA LEI Nº 9.455/97

Ronaldo Figueiredo Brito*

André Luis da Silva Nascimento**

RESUMO

O presente artigo tem por escopo, sem a pretensão de esgotar o tema, demonstrar a inconstitucionalidade do núcleo do tipo “evitar” no § 2º do art. 1º da Lei nº 9.455/97 (Lei de Tortura), pois aquele que se omite quando devia e podia evitar a tortura deve responder com as mesmas penas do torturador, uma vez que pratica crime omissivo impróprio ou comissivo por omissão, a exato teor do art. 5º, XLIII, *in fine*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Palavras-chave: Lei de tortura. Inconstitucionalidade. Omissivo impróprio.

1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO NORMA HIERÁRQUICA SUPERIOR

A Constituição é conceituada, em seu sentido jurídico, como a Lei fundamental do Estado e da sociedade. É a Constituição, nas precisas palavras de Zeno Veloso:

[...] a rainha das leis, situada no topo da pirâmide jurídica, fonte primária de todos os direitos, deveres e garantias, é que confere o fundamento de validade das leis e atos normativos, no sistema lógico de normas que forma a ordem jurídica. (VELOSO, 2003, p. 17).

Assim, as normas constitucionais têm supremacia em relação às demais leis e atos normativos e todos, absolutamente todos, devem obediência às normas constitucionais. A incompatibilidade entre uma norma constitucional e uma norma infraconstitucional haverá de prevalecer sempre a primeira, é bom que se advirta, ainda que seja uma afirmação que é naturalmente de conhecimento de qualquer aluno de graduação em Direito, mas para o presente trabalho de extrema pertinência.

Dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil em seu art. 5º, XLIII:

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

*Mestrando em Hermenêutica e Direita Fundamental pela UNIPAC (Juiz de Fora - MG) Especialista em Penal e Processo Penal pela Universidade Presidente Antônio Carlos (UNIPAC)
Especialista em Direito Público pela Universidade Gama Filho (UGF)
Professor de Direito Penal pela Universidade Estácio de Sá (UNESA)
Advogado Criminalista
figueiredobrito@bol.com.br

**Especialista em Penal e Processo Penal pela Universidade Estácio de Sá (UNESA)
Advogado Criminalista
alsnascimento@yahoo.com.br



mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Antes de adentrarmos propriamente no dispositivo legal acima mencionado, objeto do presente trabalho, necessário se faz trazer a advertência do Ministro Gilmar Ferreira Mendes (BRANCO; MENDES, 2008, p. 583), quando pontifica que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz elenco significativo de verdadeiros mandatos constitucionais de criminalização, isto é, a princípio são normas que não outorgam direitos, mas sim criminalizam condutas.

Com efeito, é necessário buscar resposta para esses mandatos constitucionais de criminalização, e quem responde é o próprio Ministro Gilmar Ferreira Mendes, *verbis*:

Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização exposto, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Em verdade, tais disposições traduzem uma outra dimensão dos direitos fundamentais, decorrente de sua feição objetiva na ordem constitucional. Tal concepção legitima a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – *Abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*). (BRANCO; MENDES, 2008, p. 583).

Ora, se a Constituição é diploma legal de observância obrigatória e situada no topo da pirâmide jurídica, as normas infraconstitucionais incompatíveis com ela são inconstitucionais. Tais normas inconstitucionais devem ser objeto de controle de constitucionalidade tanto no sistema difuso, tanto no sistema concentrado.

Porém, face ao princípio da inércia do Poder Judiciário, a arguição de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos deve ser deflagrada, no controle concentrado, pelos legitimados previstos no art. 103 da CRFB (como, por exemplo, o Procurador Geral da República), e no controle difuso, por qualquer interessado, sendo certo que ao Ministério Público é incumbido a defesa da ordem jurídica, a exato teor do art. 127, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A respeito do tema o ilustre Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro Emerson Garcia assevera o seguinte, *in litteris*:

O Ministério Público, por força do art. 1º da Lei nº 8.625/93, que repete a regra do art. 127, *caput*, da Constituição da República, tem o dever funcional de defender a ordem jurídica, o que pressupõe



a aferição de todos os atos praticados pelos órgãos do Estado, **podendo ajuizar as medidas necessárias** à coibição de abusos ou ilegalidades, sempre buscando **mantê-los adstritos aos limites da Constituição e do Direito**. (GARCIA, 2004, p. 44, grifo nosso).

Hodiernamente o Ministério Público é visto, como propõe o também Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro Carlos Roberto de C. Jatahy (2007, p. 71), como Órgão de Extração Constitucional e Agente de Transformação Social.

Somente afastando as normas infraconstitucionais que estão em contrariedade com as normas constitucionais é que teremos a verdadeira efetividade da Constituição. Assevera o ilustre jurista Luís Roberto Barroso que “a efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social.” (BARROSO, 2000, p. 85).

Assim sendo, como a Constituição é a rainha das leis, ou seja, é hierarquicamente superior às demais normas e deve buscar-se sempre a efetividade das normas constitucionais, é que entendemos que o núcleo do tipo “evitar” do § 2º do art. 1º da Lei nº 9.455/97 (Lei de Tortura) é inconstitucional, porém se faz necessário explicar a razão de tal entendimento, e, para tanto, é imperioso fazer uma digressão sobre a sistemática dos crimes omissivos impróprios.

2 A SISTEMÁTICA DOS CRIMES OMISSIVOS

Para que o fato delituoso subsista necessário existir conduta, até mesmo porque atos involuntários são indiferentes penais. A conduta ocorre através de ação ou omissão. O crime ou contravenção é fruto exclusivo da conduta humana. Tal afirmação não afasta a possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica (art. 225, § 3º, CRFB), porém em razão da limitação do presente trabalho deixamos esta questão para outra oportunidade.

O professor Damásio E. de Jesus (1998, p. 225) em sua obra de leitura obrigatória nos ensina o seguinte sobre as características da conduta, *verbis*:

A conduta se refere ao comportamento do homem, não dos animais irracionais. O ato do homem, por sua vez, só constitui conduta como expressão individual de sua personalidade. *Cogitationis poenam nemo patitur*. Só as condutas corporais externas constituem ações. O direito Penal não se ocupa da atividade puramente psíquica. A conduta humana só tem importância para o Direito Penal quando voluntária. O comportamento consiste num movimento ou abstenção de movimento corporal.



Portando, para que haja conduta punível é necessário, ainda na esteira de E. Jesus (1998, p. 225) de dois elementos, quais sejam “um ato de vontade dirigido a uma finalidade” e “atuação positiva ou negativa dessa vontade no mundo exterior (manifestação da vontade por meio de um fazer ou não fazer)”.

3 A CONDUTA OMISSIVA

O Código Penal adotou, por força do art. 13, § 2º, a teoria normativa da omissão, isto é, a omissão somente é penalmente relevante quando a norma penal impõe um determinado comportamento. Para a teoria normativa a omissão é um não fazer alguma coisa quando o agente devia e podia agir para evitar o resultado.

É necessário distinguir duas espécies de infrações omissivas: os crimes omissivos próprios e os crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão. E para tal distinção buscamos supedâneo nas lições do professor Luiz Regis Prado, *verbis*:

Delito omissivo próprio ou puro – Consuma-se com a simples infração da ordem ou comando de agir, independentemente do resultado. É delito comum e paralelo ao de mera atividade (ex.: arts. 135 – omissão de socorro, 244 – abandono material, CP). Perfaz-se diretamente, pois o próprio modelo legal de forma implícita ordena o atuar, independente do resultado. Pune-se a não-realização de uma ação que o autor podia realizar na situação concreta em que se encontrava. Noutra dizer: exaure-se “na infração a uma norma mandamental e na simples omissão de uma atividade exigida pela lei”. Entre os seus requisitos cabe mencionar: situação típica; não-realização de uma ação cumpridora do mandato; capacidade concreta de ação, que, por sua vez, exige conhecimento da situação típica e dos meios ou formas de realização da conduta devida; Delito omissivo impróprio (impuro) ou comissivo por omissão – Consiste em dar lugar por omissão a um resultado típico, não evitado por quem podia e devia fazê-lo, ou seja, por aquele que, na situação concreta, tinha a capacidade de ação e o dever jurídico de agir para obstar a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado (situação típica). Implícito na norma está uma ordem ou mandato de realizar a ação impeditiva do evento, imputando-se-o ao omitente que não o evitou, podendo evitá-lo. (PRADO, 2002, p. 261).

Especificamente sobre o crime omissivo impróprio ou comissivo por omissão Cerzar Roberto Bitencourt aponta 3 (três) pressupostos fundamentais: poder agir, evitabilidade do resultado e dever de impedir o resultado, concluindo, por fim, o seguinte, *in litteris*:



A Reforma Penal de 1984 (parte geral), cedendo à antiga elaboração doutrinária, ao regular a figura do garantidor, determina que o dever de agir, para evitar o resultado, 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 (art. 13, § 2º). (BITENCOURT, 2012, p. 303-304).

Assim, o art. 13, § 2º, do Código Penal impõe o dever de agir ao agente garantidor e com relação a alínea “a”, tal garantidor é por exemplo o policial, o médico, o bombeiro etc. O professor e co-autor do anteprojeto de reforma da Parte Geral do Código Penal René Ariel Dotti exemplifica com a clareza que lhe é peculiar a hipótese de agente garantidor da alínea “a” do § 2º do art. 13 do Código Penal asseverando que responderá por crime omissivo impróprio ou comissivo por omissão o “agente de segurança pública que se limita a assistir a uma agressão contra a vítima, querendo o resultado de dano à integridade física da mesma.” (DOTTI, 2002, p. 305).

Uma questão que é importante e pertinente ao presente trabalho é saber se há inconstitucionalidade nos crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão. A hipótese é levantada pelo professor e Procurador Regional da República Paulo Queiroz (2010) quando compara as duas formas de conduta (ação e omissão), pois o legislador equiparou o pai matar o filho empurrando-o da escada (ação) com matar o filho deixando-o de o alimentar (omissão). Portanto, entende o ilustre membro do *Parquet* federal que por meio do art. 13, § 2º, do CP, foram equiparados comportamentos que seriam atípicos ou somente configurariam omissão própria, concluindo o seguinte.

Em que pese não haver discussão por parte da doutrina sobre a inconstitucionalidade dos crimes omissivos impróprios ou comissivo por omissão, tal possibilidade é perfeitamente possível, uma vez que igualar tais condutas (ação e omissão) fere o princípio da proporcionalidade.

Sobre o princípio da proporcionalidade é necessário, por oportuno, trazer o que assevera o professor e membro do *Parquet* paulista Fernando Capez, *verbis*:

Além de encontrar assento na imperativa exigência de respeito à dignidade humana, tal princípio aparece insculpido em diversas passagens de nosso Texto Constitucional, quando abole certos tipos de sanções (art. 5º, XLVII), exige individualização da pena (art. 5º, XLVI), maior rigor para casos de maior gravidade (art. 5º, XLII, XLIII e XLIV) e moderação para infrações menos graves (art. 98, I). Baseia-se na relação custo-benefício. [...] Para o princípio da proporcionalidade, quando o custo for maior do que a vantagem, o tipo



será inconstitucional, porque contrário ao Estado Democrático de Direito. Em outras palavras: a criação de tipos incriminadores deve ser uma atividade compensadora para os membros da coletividade. [...] Quando a criação do tipo não se revelar proveitosa para a sociedade, estará ferindo o princípio da proporcionalidade, devendo a descrição legal ser expurgada do ordenamento jurídico por vício de inconstitucionalidade. Além disso, a pena, isto é, a resposta punitiva estatal ao crime, deve guardar proporção com o mal infligido ao corpo social. Deve ser proporcional à extensão do dano, não se admitindo penas idênticas para crimes de lesividades distintas, ou para infrações dolosas e culposas. [...] Necessário, portanto, para que a sociedade suporte os custos sociais de tipificações limitadoras da prática de determinadas condutas, que se demonstre a utilidade da incriminação para a defesa do bem jurídico que se quer proteger, bem como a sua relevância em cotejo com a natureza e qualidade da sanção cominada. (CAPEZ, 2007a, p. 20-21).

Porém, o art. 13, § 2º, do Código Penal, é uma realidade em nosso ordenamento jurídico e há, para aquele que devia e podia agir para evitar o resultado, a punição pelo resultado.

4 A INCONSTITUCIONALIDADE DO NÚCLEO DO TIPO “EVITAR” DO § 2º DO ART. 1º DA LEI Nº 9.455/97

Após toda digressão acima podemos passar para a análise da inconstitucionalidade do núcleo do tipo “evitar” do § 2º art. 1º da Lei nº 9.455/97.

E ao começar a apontar a inconstitucionalidade é necessário, pedindo vênha pelo truísmo, iniciarmos pelo inciso XLIII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Ora, se a Constituição é a rainha das leis e se há necessidade de buscar a efetividade das normas constitucionais não poderia (como não pode) o legislador ordinário dispor de forma contrária à Constituição.

Dispõe o art. 1º, § 2º, da Lei nº 9.455/97 o seguinte:

Art. 1º Constitui crime de tortura [...] aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las, ou apurá-las, incorre na pena de detenção de 1 (um) a 4 (quatro) anos. (BRASIL, 1997).

Observa-se com clareza que o dispositivo da Lei de Tortura supramencionado, no núcleo do tipo “evitar”, é inconstitucional, pois é a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que no art. 5º, XLIII, dispõe em sua parte final que respondem pelo resultado aqueles que podendo evitar, se omitem.

É imperioso trazer os ensinamentos do professor



Alberto Silva Franco sobre o dispositivo legal ora analisado, vez que adverte o seguinte sobre o tema, *in litteris*:

Resta explicar a derradeira forma de realização do delito de tortura, ou seja, a comissiva por omissão, omitir não é o simples “deixar de fazer”, a mera “inércia”, a “não ação”. Omitir, em verdade, é o não fazer aquilo que se devia fazer. No caso do § 2º do art. 1º da Lei nº 9.455/97, a omissão consiste, exatamente, em face das condutas de constrangimento e de submissão postas em prática pelo torturador, não fazer o que o omitente, no momento – portanto, complemento adverbial de tempo –, tinha o dever de fazer, ou seja: ou evitar que aquelas condutas fossem executadas ou apurar devidamente quem as executou. O “evitar” pressupõe um procedimento positivo com a finalidade de impedir que se consuma a tortura. Já o “apurar” retrata um comportamento negativo consistente em não averiguar, em não investigar, em suma, em não responsabilizar o autor ou autores de tortura. Em qualquer dessas duas situações, o agente tem o dever de atuar como garantidor da integridade física e mental do torturador. (FRANCO; LIRA; PEREIRA, 2011, p. 198).

Em que pese a autoridade intelectual dos professores supracitados, pedimos vênia para discordar deste entendimento na hipótese do núcleo do tipo “apurar”. Quando o agente, sabendo que ocorreu o crime de tortura, não apura o fato criminoso, não há, a nosso juízo, posição de garantidor, pois o crime já aconteceu. Tal posição somente compreendemos no verbo “evitar”.

O ilustre e culto professor e membro aposentado do *Parquet* fluminense Gevan Almeida nos traz a seguinte hipótese sobre o que estamos discorrendo, *verbis*:

Figure-se a hipótese do Delegado de Polícia que percebe que na sala ao lado da sua um detetive está torturando um preso e nada faz para evitar que isso ocorra. Se não existisse o tipo omissivo em estudo criado pela lei antitortura, o Delegado de Polícia que tinha o dever e a possibilidade de evitar o resultado (art. 13, § 2º, alínea a, do C. P.), deveria ser responsabilizado pela prática de um crime comissivo por omissão (ou omissivo impróprio), estando sujeito à mesma pena cominada para a forma comissiva praticada pelo seu subordinado. Seria esta a solução se ele se omitisse diante da prática de um crime hediondo, tendo em vista que a lei específica (Lei nº 8.072), ao não prever outra solução, autoriza a aplicação do Código Penal (art. 13, § 2º, alínea a). Tratando-se de tortura, no entanto, e tendo a respectiva lei criado este tipo penal omissivo próprio (ou puro), a pena cominada para o crime do omitente é de um a quatro anos de detenção, enquanto que a pena cominada para o crime praticado pelo detetive do nosso exemplo é reclusão de dois a oito anos. (ALMEIDA, 2002, p. 215).

Ora, é justamente a hipótese levantada pelo professor Gevan que entendemos que é inconstitucional, não porque o legislador não pudesse fazer essa quebra de sistema dos



crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão, mas sim justamente por força da parte final do inciso XLIII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

No caso em questão devem prevalecer os princípios de interpretação constitucional da supremacia da Constituição e da máxima efetividade.

Com efeito, por respeito à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (rainha das leis) – art. 5º, XLIII, *in fine* - é que entendemos que aquele que devia e podia evitar o resultado do crime de tortura não pode responder pelo art. 1º, § 2º, da Lei nº 9.455/97, mas sim pelo resultado tortura, sendo inconstitucional o núcleo do tipo “evitar”.

Em socorro ao que estamos aqui defendendo trazemos, novamente, a pertinente lição do ilustre membro do *Parquet* paulista (e atual Deputado Estadual pelo Estado de São Paulo) Fernando Capez, que assevera o seguinte sobre o tipo penal em questão, *in litteris*:

No caso da participação por omissão, o omitente, tendo o dever jurídico de evitar o resultado, concorre para ele ao quedar-se inerte, enquanto os autores realizam a conduta comissiva. Responderá como partícipe. Exemplo: policiais militares que assistem a uma cena de tortura, sem nada fazer, assentindo na realização do ato comissivo. Ao quedarem inertes, aderiram com a sua omissão à vontade dos demais policiais que realizavam a ação criminosa, devendo, portanto, ser responsabilizado pela participação no crime de tortura (art. 1º, I, a). Pois bem. Ocorrendo a participação por omissão, o omitente, em regra, responde pelo mesmo crime cometido pelo autor principal, pois nosso CP, no art. 29, *caput*, adotou como regra a teoria unitária ou monista, segundo a qual todo aquele que concorre de qualquer modo para um crime, seja como co-autor, seja como partícipe, incide nas penas a ele cominadas. Basta que haja o dever jurídico de agir + a vontade de participar (unidade de designios). No caso em tela, a Lei nº 9.455/97 fugiu à regra da teoria unitária, tendo adotado como exceção, a teoria pluralística, segundo a qual cada partícipe responde por um delito diferente. É o que ocorre. Aquele que, podendo evitar a prática da tortura, a ela assiste passivamente, cooperando assim para o resultado com sua omissão, não responderá pelo mesmo crime cometido pelos autores principais, como determina o art. 29, *caput*, do CP (teoria unitária ou monista), mas pela forma prevista no art. 1º, § 2º, da Lei. Isso significa uma exceção pluralística à regra monista. A solução dada pelo legislador sofreu críticas da doutrina. [...] De acordo com esse entendimento, a exceção pluralística adotada pelo legislador inferior, além de inoportuna e injusta, viola mandamento constitucional expresso. Para evitar a violação ao Texto Magno, entendemos que o dispositivo em estudo somente fica reservado para aquele que se omitiu na apuração dos fatos, ou seja, para aquele que, tomando conhecimento após o seu cometimento, nada fez para esclarecer a verdade e punir os culpados. Quanto àquele que presenciou



a tortura e nada fez, aderindo à conduta principal, mediante dolo direto ou eventual, a solução é responsabilizá-lo pelo crime do qual participou com sua omissão e não por essa forma mais benéfica. (CAPEZ, 2007b, p. 668-669).

Há quem tente salvar tal dispositivo legal do vício de inconstitucionalidade material, como bem lembrado por Sanches Cunha, citando, ao comentar o dispositivo legal em questão, o professor Fábio Ramazzini Bechara, *verbis*:

Há, todavia, entendimento doutrinário (buscando resolver o desastre legislativo) no sentido de que essa figura deve ser interpretada como uma modalidade culposa: “Uma outra interpretação possível para o dispositivo em análise é considerar a sua aplicação somente àquele que foi negligente em evitar a tortura, mas não a quis, nem a aceitou, bem como àquele que, tomando conhecimento após a prática da tortura, nada fez para apurar os fatos. Se o omitente tinha o dever legal de agir antes de o crime ser cometido, ou aceitar o risco de sua produção, responderá pela tortura. Tal entendimento ajusta-se ao disposto no art. 5º, XLIII, da CF (BECHARA, 2000 *apud* CUNHA, 2009, p. 959).

Também não concordamos com a solução proposta pelo professor Ramazzini Bechara, ou seja, no sentido de salvar o dispositivo legal o transformando em conduta culposa.

5 O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS

Ainda que não se entenda que o núcleo do tipo “evitar” é inconstitucional, com o que não concordamos, muito pelo contrário, entendemos que há flagrante inconstitucionalidade, temos hodiernamente, mesmo que muito incipiente ainda no Brasil, o “Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis”, que, nas precisas palavras do professor Valério de Oliveira Mazzuoli significa:

[...] meio judicial de declaração de invalidade de leis incompatíveis com tais tratados (internacional), tanto por via de exceção (controle difuso ou concreto) como por meio de ação direta ((controle concentrado ou abstrato). (MAZZUOLI, 2011, p. 82).

A questão se inicia em saber qual o *status* normativo dos tratados de direitos humanos. O tema é muito bem explorado pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que pontifica o seguinte, *verbis*:

Desde a promulgação da Constituição de 1988, surgiram diversas interpretações que consagraram um tratamento diferenciado aos tratados relativos a direitos humanos, em razão do disposto no § 2º do art. 5º, o qual afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros



decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Essa disposição constitucional deu ensejo a uma instigante discussão doutrinária e jurisprudencial – também observada no direito comparado – sobre o status normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, a qual pode ser sistematizada em quatro correntes principais, a saber: a vertente que reconhece a natureza supraconstitucional dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos; o posicionamento que atribui caráter constitucional a esses diplomas internacionais; a tendência que reconhece o status de lei ordinária a esse tipo de documento internacional; por fim, a interpretação que atribui caráter supralegal aos tratados e convenções sobre direitos humanos. (BRANCO; MENDES, 2008, p. 691).

Em que pese ainda existir divergência doutrinária a respeito do *status* normativo dos tratados de direitos humanos, como por exemplo entende a professora e Procuradora do Estado de São Paulo Flávia Piovesan (2007, p. 64) que tais tratados possuem *status* constitucional, o que certo é que o Supremo Tribunal Federal já definiu que esses tratados ostentam *status* de norma supralegal.

O professor Ingo Wolfgang Sarlet quando discorre sobre o tema *status* normativo dos tratados de direitos humanos faz menção ao recente posicionamento do Pretório Excelso e conclui o seguinte, *verbis*:

A hierarquia dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica interna brasileira, de acordo com a atual orientação do STF, é diferenciada de acordo com a forma de incorporação. Com efeito, os tratados incorporados antes da inserção do § 3º no art. 5º da CF possuem hierarquia supralegal, prevalecendo, portanto, sobre toda e qualquer norma infraconstitucional interna, mas cedendo em face da CF. Por sua vez, os tratados aprovados pelo Congresso Nacional na forma do art. 5º, § 3º, da CF, possuem hierarquia e força normativa equivalentes às emendas constitucionais. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 291-292).

A República Federativa do Brasil é signatária da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), adotada pela Resolução 39/46, da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1984. Aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo 4, de 23 de maio de 1989, e promulgada pelo Decreto 40, de 15 de fevereiro de 1991. Com efeito, para uma melhor compreensão do tema, devemos, por uma questão de didática, conceituar Tratado, tendo em vista as diversas terminologias adotada na prática internacional (v.g. Convenção, Declaração, Pacto, Estatuto, Protocolo etc.) e, para tanto, buscamos supedâneo nas lições do professor



Marcelo Pupe Braga que pontifica o seguinte, *verbis*:

Ante todo o exposto, julga-se possível definir o tratado internacional como o acordo formal de vontades de dois ou mais sujeitos de Direito Internacional com a capacidade específica para tratar, regulado pelo Direito Internacional e concluído por escrito entre as partes com a finalidade de produzir efeitos jurídicos no plano internacional. [...] Embora a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 não faça referência a esse respeito, a prática internacional confere aos tratados diferentes terminologias, as quais não são, todavia, precisas. De todo modo, são as seguintes as diferentes nomenclaturas que podem assumir os tratados: [...] convenção: utilizada para o tratado (em regra multilateral) que cria normas gerais [...] (BRAGA, 2009, p. 34-35).

A Convenção Contra Tortura dispõe em seu artigo 4º o seguinte:

[...] cada Estado-parte assegurará que todos os atos de tortura sejam considerados crimes segundo a sua legislação penal. O mesmo aplicar-se-á à tentativa de tortura e a **todo ato de qualquer pessoa que constitua cumplicidade ou participação na tortura.** [...] cada Estado-parte punirá esses crimes com **penas adequadas que levem em conta a sua gravidade.** (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1984, p. 2, grifo nosso).

Ora, se a Convenção Contra a Tortura em que a República Federativa do Brasil é signatária dispõe que todos os atos de tortura sejam punidos, aplicando-se, inclusive, àquele que for cúmplice ou partícipe e que as penas sejam adequadas, observa-se, à saciedade, que o § 2º do art. 1º da Lei nº 9.455/97 no núcleo do tipo “evitar” afasta-se do que determina a citada Convenção, até mesmo em razão da pena aplicada.

Com efeito, se os tratados de direitos humanos têm *status* normativo de supralegalidade, ou seja, estão abaixo da Constituição, mas acima das leis ordinárias, conforme já definiu o Supremo Tribunal Federal, o art. 4º da Convenção Contra a Tortura operará efeito paralisante (e não revogação) no § 2º do art. 1º da Lei nº 9.455/97, no que concerne ao verbo “evitar”. Para exemplificar o que aqui estamos advogando nos socorremos do julgamento da prisão civil do depositário infiel em que o Pretório Excelso (RExt. 466.343/SP) definiu a questão. Neste julgamento o Supremo Tribunal Federal entendeu que não cabe mais em nosso ordenamento jurídico a prisão civil do depositário infiel justamente em razão de tratado de direitos humanos (Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica). Com a clareza que lhe é peculiar o Ministro Gilmar Ferreira Mendes



esclarece com muita propriedade a questão da hierarquia dos tratados de direitos humanos, *in litteris*:

Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, LXVII) não foi revogada pela adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civil e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei n. 911, de 1º-10-1969. Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. (BRANCO; MENDES, 2008, p. 707-708).

Não há dúvida que desde a entrada em vigor da Lei nº 9.455/97 (Lei de Tortura) e especificamente o § 2º do art. 1º no que concerne ao verbo “evitar”, para quem não entende ser inconstitucional, a internalização da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotada pela Resolução 39/46, da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1984 e aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo 4, de 23 de maio de 1989, e promulgada pelo Decreto 40, de 15 de fevereiro de 1991, fez com que operasse efeito paralisante (jamais revogação!) em tal dispositivo, sendo assim, inaplicável em nosso ordenamento jurídico.

Neste caso, é perfeitamente possível fazer um controle jurisdicional de convencionalidade entre o art. 4º da Convenção Contra a Tortura e o § 2º do art. 1º da Lei nº 9.455/97, em relação ao núcleo do tipo “evitar”. Tal controle ocorre justamente em razão da hierarquia dos tratados de direitos humanos. Sobre o tema é imperioso trazer o que assevera o professor Valério de Oliveira Mazzuoli, *verbis*:

Como já se falou anteriormente, não basta que a norma de direito doméstico seja compatível apenas com a Constituição Federal, devendo também estar apta para integrar a ordem jurídica internacional sem violação de qualquer de seus preceitos. A contrário *sensu*, não basta a norma infraconstitucional ser compatível com a Constituição e incompatível com um tratado ratificado pelo Brasil [...], pois, nesse caso, operar-se-á de imediato a terminação da validade da norma (que, no entanto, continuará



vigente, por não ter sido expressamente revogada por outro diploma congênere de direito interno). A compatibilidade do direito doméstico com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no país faz-se por meio do controle de convencionalidade, que é complementar e coadjuvante (jamais subsidiário). [...] Nesse sentido, entende-se que o controle de convencionalidade [...] deve ser exercido pelos órgãos da justiça nacional relativamente aos tratados aos quais o país se encontra vinculado. Trata-se de adaptar ou conformar os atos ou leis internas aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, que criam para este deveres no plano internacional com reflexos práticos no plano do seu direito interno. Doravante, não somente os tribunais internacionais (ou supranacionais) devem realizar esse tipo de controle, mas também os tribunais internos. O fato de serem os tratados internacionais (notadamente os de direitos humanos) imediatamente aplicáveis no âmbito do direito doméstico, garante a legitimidade dos controles de convencionalidade e de supralegalidade das leis no Brasil. (MAZZUOLI, 2011, p. 131-133).

6 CONCLUSÃO

Já dissemos alhures que a Constituição é a rainha das leis, situada no topo da pirâmide jurídica. A norma infraconstitucional contrária à Constituição é, evidentemente, inconstitucional. Ora, se a parte final do inciso XLIII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 impõe que aquele que se omite, podendo evitar, responde igualmente com os mandantes e executores, não poderia o legislador ordinário dispor diferente, como o fez no § 2º do art. 1º da Lei nº 9.455/97 em relação ao verbo “evitar”.

Não que o legislador ordinário não pudesse fazer exceção à teoria monista, como bem argumenta Capez (2007b, p. 669), inclusive há inúmeros exemplos no Código Penal (*v.g.*, art. 124 e art. 126) e em Leis Extravagantes (*v.g.*, arts. 33 e 34 e art. 36 da Lei nº 11.343/06), mas simplesmente porque há mandamento constitucional impondo a responsabilização do omitente. Portanto, há flagrante inconstitucionalidade material no § 2º do art. 1º da Lei nº 9.455/97 (Lei de Tortura), no que concerne ao verbo “evitar”.

A outro giro, não se entendendo inconstitucional o § 2º do art. 1º da Lei nº 9.455/97 em relação ao verbo “evitar”, há incompatibilidade de tal dispositivo legal com o art. 4º da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotada pela Resolução 39/46, da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1984, e aprovada no Brasil pelo Decreto



Legislativo 4, de 23 de maio de 1989, e promulgada pelo Decreto 40, de 15 de fevereiro de 1991, podendo qualquer juiz ou Tribunal fazer o controle de convencionalidade, afastando-se a norma interna a pedido do Ministério Público ao oferecer a denúncia por ter ocorrido crime omissivo impróprio, respondendo, assim, o agente da omissão pelo resultado tortura. Fica a sugestão!

UNCONSTITUTIONALITY OF PARAGRAPH 2 OF ARTICLE 1 OF THE LAW NO. 9.455/97

This article is scope, without claiming to be exhaustive, demonstrate the unconstitutionality of the core of the “avoid” in § 2 of art. 1 of Law 9455/97 (Law of Torture), because the one who omits when should and could prevent torture must respond with the same penalties of the torturer, as practiced criminal omission or improper commissive default, the exact content of art . 5, XLIII, in fine, of the Constitution of the Federative Republic of Brazil 1988.

Keywords: Torture law. Inconstitucionalidade. Omission inappropriate.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gevan. **Modernos movimentos de política criminal e seus reflexos na legislação brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRAGA, Marcelo Pupe. **Direito internacional público e privado**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ABSTRACT



BRASIL. Constituição (1988). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 out. 2013.

_____. Lei nº 9.455, de 07 de abril de 1997. Define os crimes de tortura e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 08 abr. 1997. p. 6742. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9455.htm>. Acesso em: 04 out. 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007a. v. 1.

_____. **Curso de direito penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007b. v. 4.

CUNHA, Rogério Sanches. **Legislação criminal especial**. São Paulo: RT, 2009. v. 6.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; PEREIRA, Yuri Felix. **Crimes hediondos**. 7. ed. São Paulo: RT, 2011.

GARCIA, Emerson. **Ministério público: organização, atribuições e regime jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

JATAHY, Carlos Roberto C. de. **O Ministério Público e o Estado Democrático de Direito: perspectivas constitucionais de atuação institucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.



MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção contra tortura e outros tratamento sou penas cruéis, desumanos ou degradantes**, 12 dez. 1984. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/conv_contra_tortura.pdf>. Acesso em: 04 out. 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 3. ed., São Paulo: RT, 2002. v. 1.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2012.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.