



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O tipo penal do § 2º, do art. 1º, da Lei. 9.455/97 (Tortura)

Guilherme Corrêa de Araujo

Rio de Janeiro  
2011

GUILHERME CORRÊA DE ARAUJO

O tipo penal do § 2º, do art. 1º, da Lei. 9.455/97 (Tortura)

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof<sup>ª</sup>. Néli Fetzner  
Prof. Nelson Tavares  
Prof. Guilherme Sandoval  
Prof. Rafael Iorio  
Prof<sup>ª</sup>. Mônica Areal  
Prof<sup>ª</sup>. Kátia Silva

Rio de Janeiro  
2011

## O TIPO PENAL DO § 2º, DO ART. 1º, DA LEI. 9.455/97 (TORTURA)

Guilherme Corrêa de Araujo

Graduado pela Faculdade Nacional de Direito – UFRJ. Pós-graduado em Direito Público pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduado em Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas. Advogado.

**Resumo:** a Lei 9.455/97, que tipifica o crime de tortura, embora represente significativo avanço legislativo, disciplina de forma insuficiente, no §2º de seu art. 1º, a conduta do omitente que, imbuído do dever legal de evitar a tortura, se queda inerte, permitindo a ocorrência do resultado. Há total desacordo com a Constituição Federal, que acentua a culpabilidade do agente que assim procede. Verifica-se a hipótese de violação ao Princípio da Proporcionalidade sob o prisma da Proteção Deficiente, além da inconstitucionalidade por omissão parcial legislativa na tutela de um direito fundamental. Sustenta-se a possibilidade de se conferir interpretação conforme ao dispositivo, a partir a conclusão de que somente poderia ser praticado o referido injusto com o elemento subjetivo da culpa. Discutem-se os efeitos processuais-penais do dispositivo em tela, na interpretação que distingue a resposta penal conferida ao omitente garantidor que obra com dolo daquele que atua de forma imprudente.

**Palavras-chaves:** Penal. Crime de Tortura. Crime Omissivo. Violação ao Princípio da Proporcionalidade pela Proteção Deficiente. Inconstitucionalidade por Omissão Parcial. Interpretação Conforme a Constituição. Processo Penal.

**Sumário:** Introdução. 1. A origem da Lei 9.455/97. 2. Natureza jurídica da norma do art. 5º, XLIII, da CRFB/88. 3. O tipo penal do art. 1º, §2º, da Lei 9.455/97. 4. Inconstitucionalidade por omissão parcial. 5. Soluções para a declaração de inconstitucionalidade. 6. Reflexos processuais-penais da inconstitucionalidade. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico trata do tipo penal do parágrafo segundo, do artigo 1º, da Lei 9.455/97, que define o crime de tortura.

Trata-se de norma prevista em lei editada para conformar dispositivos constitucionais inseridos no capítulo I - “Dos direitos e deveres individuais e coletivos” -, do Título II, da vigente Constituição da República Federativa do Brasil: os incisos III e XLIII, do art. 5º.

O tema da tortura merece disciplina em importantes documentos de Direito Internacional, subscritos e vigentes no País, editados no âmbito de organismos que compõem sistemas globais e regionais de Direitos Humanos.

A questão que se coloca diz respeito ao tratamento dado pelo legislador infraconstitucional à conduta omissiva daquele que tem a obrigação de evitar o resultado ou apurá-lo. Leitura rasa do dispositivo em análise indica que à omissão daquele que deve evitar o resultado tortura se aplica uma reprimenda diversa da prevista para o autor que consuma, por comissão, o crime.

Esse tratamento diferenciado – e bem mais leve – rende ensejo à investigação da compatibilidade do citado dispositivo da Lei 9.455/97 com a norma do art. 5º, inc. XLIII, que inegavelmente veicula o desejo do constituinte originário de disciplinar de forma mais gravosa a punição dos crimes lá descritos, a ponto de expressa e diretamente impor a responsabilização daquele que, ao se omitir, contribui para a ocorrência do resultado, responsabilização essa que, para guardar coerência, não deveria ser diversa da imputada àquele que tem, por lei, a obrigação evitar o resultado, ou seja, o garantidor.

O tema da omissão inconstitucional é por demais atual, dados os novos rumos da Ciência do Direito, que apontam cada vez mais para a efetividade das normas constitucionais, que alcançam com o chamado pós-positivismo papel de destaque na aplicação e interpretação das demais regras de todo o ordenamento.

A Constituição irradia suas normas por todo o ordenamento jurídico. Não se ignora, porém, a importância do legislador infraconstitucional na colmatação lacunas e na implementação, por meio dos instrumentos legislativos adequados, da efetividade dos princípios e regras nucleares do sistema.

Ao fazê-lo, porém, cumpre ao legislador observar o Princípio da Proporcionalidade em suas duas faces: a proteção contra os excessos (*Übermassverbot*) e a proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*).

A partir do exame da natureza e dos objetivos da norma do art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, e de seu confronto com o tipo penal do art. 1º, §2º, da Lei 9.455/97, discutir-se-á se a interpretação literal do dispositivo não nega eficácia ao Texto Magno, pois prevê um tratamento leniente em conduta que mereceu especial atenção do constituinte originário.

Será questionado se a omissão legislativa na disciplina de uma garantia fundamental, ainda que parcial, é paradigmável em sede de controle de constitucionalidade.

O trabalho aborda se a opção do legislador ordinário viola a idéia de tratamento rigoroso aos que compactuam com o crime de tortura, uma vez que se está atribuindo ao praticante da omissão resposta penal mais branda do que a solução, plenamente aplicável caso não existisse a norma, eis que já prevista no ordenamento pátrio, que é a responsabilização, nas mesmas penas do delito consumado, daquele que tem o dever de evitar o resultado, vale dizer, o garante.

Verifica o trabalho se não se criou uma distorção no sistema, pois é certo que o garantidor responde, na forma da disciplina do Código Penal, pelo resultado, ou seja, incorre nas mesmas penas destinadas ao delito que, com sua omissão, acaba por ocorrer. Já no crime de tortura, no qual o texto maior expressamente exigiu a responsabilização do omitente, o tratamento é diferenciado (e mais brando).

Entende-se que há soluções para evitar a suspensão da eficácia do texto, em especial a realização de uma interpretação conforme da norma, separando as condutas (omissão de evitar o fato e omissão de apurá-lo), atribuindo-se à primeira figura a tipificação da modalidade culposa da infração.

O presente estudo se inicia com uma abordagem do trâmite legislativo do projeto que culminou na Lei 9.455/97, onde se verificará tratar-se de projeto de lei apresentado pelo Poder Executivo, cuja versão original não se previa a responsabilização do omitente.

Em seguida, com a análise da norma constitucional em pauta e do tipo que rende ensejo ao estudo, concluir-se-á pela inconstitucionalidade, por omissão parcial, cuja declaração se convém fazer por meio de interpretação conforme.

Por fim, serão abordados os impactos processuais-penais do reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 1º, §2º, da Lei 9.455/97, na interpretação que distingue a resposta penal conferida ao omitente garantidor, com a consequente responsabilização deste com base na regra de extensão do art. 13, §2º, I, do Código Penal Brasileiro.

A metodologia adotada neste trabalho partiu da abordagem dogmática da norma e sua aplicação prática perante os tribunais.

## 1. ORIGEM DA LEI. 9.455/97

A tortura é, no dizer de Hélio Bicudo, um dos parlamentares que influenciaram a edição da Lei 9.455/97, daqueles crimes cuja simples descrição dos meios de execução causa repulsa, ofendendo os sentimentos da pessoa de bem, que prefere virar as costas e fingir que não teve contato com aquela realidade.

Digna de registro, também, é a lição de José Afonso da Silva<sup>1</sup>, um dos maiores constitucionalistas que o Brasil já teve, que em apertada síntese registra: “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.”

O Brasil, assim como a maioria dos países, conviveu com a tortura ao longo de toda sua história. Principalmente após os horrores cometidos ao longo das duas grandes guerras mundiais, criou-se um ambiente de aversão à prática, que culminou com a assinatura de importantes documentos internacionais sobre o tema.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, das Organizações das Nações Unidas, expressa em seu art. V que “[N]inguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”.

Como ensina Flávia Piovesan<sup>2</sup>, “..., a Declaração Universal, em si mesma, não apresenta força jurídica obrigatória e vinculante. Nessa visão, assumindo a forma de declaração (e não de tratado), vem a atestar o reconhecimento universal de direitos humanos fundamentais, consagrando um código comum a ser seguido por todos os Estados.”

---

<sup>1</sup> SILVA, Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 188.

<sup>2</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 141.

Além da Declaração, podem ser citados alguns documentos fundamentais, com força vinculante no Brasil, sobre o tema. O primeiro é o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado, no âmbito da ONU, em 6 de dezembro de 1966 (aprovado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, por meio do Decreto Legislativo 226, e ratificado pelo País em 6 de julho de 1992, pelo Decreto 593) . Também nesse âmbito, vale destacar a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes, adotada em 10 de dezembro de 1984. No Brasil, dita convenção foi aprovada em 23 de maio de 1989 (DL nº 4) e promulgada, pelo Decreto 40, em 15 de fevereiro de 1991.

No âmbito do Sistema Regional Interamericano de proteção aos direitos humanos, vale destacar a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, adotada em 22 de novembro de 1969 e ratificada, pelo Brasil, em 25 de setembro de 1992 (DL 27). Referida convenção foi promulgada entre nós por meio do Decreto 678, de 6 de novembro de 1992.

Em todos esses documentos há expressa proibição à tortura e demais práticas desumanas ou degradantes.

No ambiente interno, o Constituinte de 1988 pontificou que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (art. 5º, inc. III, CFRB/88), ainda que não tenha sido a primeira constituição brasileira a fazê-lo. Igual regra consta de praticamente todas as constituições modernas, como ensina José Afonso da Silva<sup>3</sup>.

Visando cumprir tanto os mandamentos constitucionais que impõem a punição da tortura (art. 5º, III e XLIII), quanto observar os compromissos internacionais advindos dos documentos sobre o tema, teve trâmite o processo legislativo que culminou com a edição da lei 9.455/97, que define o crime de tortura e dá outras providências.

---

<sup>3</sup> SILVA. op. cit., p. 187.



O processo legislativo iniciou-se, em 1994, com a mensagem da Presidência da República à Câmara dos Deputados, encaminhando o que seria numerado como Projeto de Lei 4.716/94. Por duas oportunidades, requereu o apresentante deferimento de tramitação em regime de urgência para o projeto (art. 64, §1º, CRFB/88).

Alberto Silva Franco<sup>4</sup> ensina que o Brasil foi um dos últimos países do mundo ocidental a incluir, em sua tipologia oficial, o delito de tortura. Segundo esse conceituado autor, arbitrariedades cometidas por policiais-militares no interior da Favela Naval, em Diadema, São Paulo, em março de 1997, teriam servido de “poderosa alavanca para movimentação do Congresso Nacional”, o que resultou na aprovação, apressada e sem maiores discussões, de um texto cujas deficiências seriam “notórias”.

Porém, para esse autor, “[...] será sempre preferível, em matéria de tortura, uma figura típica que possa ser melhorada, do que a carência tipológica.”<sup>5</sup>

O projeto enviado pelo executivo era bem distinto daquela que restou como redação final da lei sobre a tortura, sendo de se registrar que após o trâmite na Câmara - o Senado o aprovou sem alterações - proposta ganhou em muito técnica legislativa.

A redação final adveio de emenda aglutinativa, apresentada no plenário da Câmara, de autoria dos deputados Vicente Cascione, Helio Bicudo e Zulaie Cobra. A relatoria coube ao Deputado Régis Oliveira, parlamentar cuja experiência profissional – com destaque para o exercício dos cargos de Juiz e Desembargador do TJ/SP – é difícil de se achar nas fileiras do Congresso Nacional.

---

<sup>4</sup> FRANCO, Alberto Silva. *Doutrinas essenciais: Direito Penal* – V. 7. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010, pág 328/329.

<sup>5</sup> IBIDEM.

O texto final condensou a proposta inicial, bem como o texto aprovado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania daquela casa, produzindo uma lei enxuta e menos casuística.

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<sup>6</sup>:

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 seviciar 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. (...)

Embora imbuído dos melhores propósitos, é certo que a norma produzida sugere, em primeira interpretação – ratificada pelo entendimento do próprio relator do texto –, tratar-se de hipótese de omissão própria, na qual o tipo, descrevendo um não fazer, veicula norma (conforme a vetusta lição de Binding) que impõe a realização de determinada conduta, qual seja, a de não se omitir em face das circunstâncias fáticas previstas na norma.

Mais à frente se abordará as diferenças fundamentais dos tipos omissivos próprios e impróprios, mas à primeira vista cabe reconhecer que a norma em questão descreve uma conduta exigida (não se omitir), mas destinada a sujeito que tem a obrigação de evitar o resultado (garantidor). O garantidor, sabe-se, responde pelo resultado, nos termos da norma de extensão do art. 13, §2º, do Código Penal. Daí surge a controvérsia.

---

<sup>6</sup> DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, Brasília: 4/7/1996, p. 19133. .

## 2. NATUREZA JURÍDICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS SOBRE A TORTURA

A Constituição Federal expressa seu repúdio à tortura em alguns dispositivos, em especial os incisos III e XLIII, todos do art. 5º, *in verbis*:

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;  
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 mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Segundo a lição de Gilmar Ferreira Mendes<sup>7</sup>, trata-se de norma inserida no rol dos chamados mandatos constitucionais de criminalização, dos quais são exemplos os incisos XLI, XLII, XLIII, XLIV, todos do art. 5º; art. 7º, X; 225, §3º; e 227, §4º, da Constituição Federal.

Como ensina o acima citado jurista<sup>8</sup>:

Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, 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.

Luciano Feldens<sup>9</sup>, outro autor a tratar do tema, lembra que os mandatos de criminalização atuam como limitações à liberdade de configuração do legislador penal, e impõem a instituição de um sistema de proteção por meio de normas penais.

Alberto Silva Franco<sup>10</sup> elucida as razões pelas quais o legislador constitucional teria invadido, de maneira tão explícita, a área de atuação normalmente reservada ao legislador infraconstitucional, qual seja, a de dar tutela a bens jurídicos. Segundo o autor, um dos motivos

---

<sup>7</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*: São Paulo, Saraiva, 2008, p. 582 e s.

<sup>8</sup> IBIDEM. pág 583.

<sup>9</sup> FELDENS, Luciano. *A constituição penal*. Porto Alegre: Livr. Do Advogado, 2005, p. 80.

<sup>10</sup> FRANCO. op. cit., p. 329.

seria “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.”

Em que pese a incriminação ter sido levada a efeito pelo constituinte originário, pode-se concluir, seguindo a linha traçada por Gilmar Ferreira Mendes<sup>11</sup> com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, que o dever de conformação dos mandatos constitucionais de criminalização impõe ao legislador ordinário a observância ao princípio da proporcionalidade, não só sob o ângulo da proibição de intervenção (face clássica dos direitos fundamentais – proteção contra o Estado), mas também contra a proteção insuficiente. É esse último aspecto que merece atenção neste trabalho.

A leitura rasa do tipo penal em tela autoriza a exegese de que determinado sujeito, omitindo-se quando tinha o dever de evitar o resultado, terá como resposta penal detenção de um a quatro anos. Já os envolvidos na prática delituosa têm pena de reclusão de dois a oito anos.

Essa diferenciação esbarra nos limites que o constituinte originário impôs ao legislador infraconstitucional, quando o delegou a tarefa de conformar o mandato de criminalização relativo ao delito de tortura.

Pode-se dizer que houve clara proteção insuficiente dos valores envolvidos (vida, integridade física, dignidade da pessoa humana), dada a leve reprimenda imposta àquela conduta. Ao assim proceder, abre-se a possibilidade do controle da constitucionalidade da atividade legislativa em matéria penal, pois, como ensina Gilmar Ferreira Mendes<sup>12</sup>:

se é certo que, por um lado, a Constituição confere ao legislador uma margem discricionária para a avaliação, valoração e conformação quanto às medidas eficazes e suficientes para proteção do bem jurídico penal, e, por outro, que a mesma Constituição também impõe ao legislador os limites do dever de respeito ao princípio da proporcionalidade, é possível concluir pela fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa.

---

<sup>11</sup> MENDES, op. cit., p. 583

<sup>12</sup> IBIDEM. pág 588.

Essa proteção deficiente rende ensejo ao reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo.

### 3. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E OMISSÃO PARCIAL

Proporcionalidade ou razoabilidade, ensina Karl Larenz<sup>13</sup>, é conceito:

utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das restrições de direitos – muito embora possa aplicar-se, também, para dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios –, o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

Admite-se em doutrina, a partir de julgados do Tribunal Constitucional Alemão, que a proporcionalidade tem duas faces opostas e complementares: a proteção contra os excessos (*Übermassverbot*) e a proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). Ensina Lenio Streck<sup>14</sup> que:

Isso significa afirmar e admitir que a Constituição determina - explícita ou implicitamente - que a proteção dos direitos fundamentais deve ser feita de duas formas: a uma, protege o cidadão frente ao Estado; a duas, através do Estado – e inclusive através do direito punitivo – uma vez que o cidadão também tem o direito de ver seus direitos fundamentais protegidos, em face da violência de outros indivíduos.

No caso em tela, a atuação legislativa esbarra no princípio da proporcionalidade, sob o prisma da proteção deficiente, ao tratar de forma desigual (e mais branda) conduta que recebeu

---

<sup>13</sup> LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 1985, págs. 144-145.

<sup>14</sup> STRECK, Lenio. *O Princípio da Proibição de Proteção Deficiente (Untermassverbot) e o Cabimento de Mandado de Segurança em Matéria Criminal: Superando o ideário liberal-individualista-clássico*. Disponível em <[http://leniostreck.com.br/index2.php?option=com\\_docman&task=doc\\_view&gid=77&Itemid=29](http://leniostreck.com.br/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=77&Itemid=29)>. Acesso em 24 de maio de 2011, p. 16.

do constituinte especial atenção. Como já adiantado, o garantidor, nos termos do Código Penal, responde pelo resultado, qualquer que seja o crime que, com sua omissão, veio a ocorrer.

Já no crime de tortura, alvo de especial atenção do Texto Magno, essa conduta (omissão do garantidor) recebe reprimenda leve, diferenciada, que autoriza, inclusive, a incidência de institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/95, incompatíveis, em linha de princípio, com o caráter hediondo do delito.

De se lembrar que em dispositivos como o art. 5º, inc. LXIII, dada sua natureza de mandato constitucional de criminalização de condutas, a proporcionalidade pode ser violada diante da proteção insuficiente, o que parece ocorrer no caso em pauta.

Conclui-se com as palavras de Ingo Sarlet<sup>15</sup>, que assevera que a proteção aos direitos fundamentais

não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que vinculada igualmente a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados.

Pode-se analisar a questão, também, sob a perspectiva da omissão parcial do legislador ordinário na conformação da norma constitucional, na medida em que, ao discipliná-la, o fez em nível inferior ao licitamente esperado. Novamente cabe transcrever as lições de Gilmar Ferreira Mendes<sup>16</sup>:

A omissão legislativa inconstitucional pressupõe a inobservância de um dever constitucional de legislar, que resulta tanto de comandos explícitos da Lei Magna como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação. Tem-se *omissão absoluta ou total* quando o legislador não empreende a providência legislativa reclamada. Já a omissão parcial ocorre quando um ato normativo atende apenas parcialmente ou de modo insuficiente a vontade constitucional.

---

<sup>15</sup> SARLET, Ingo. *Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. In: Revista de Estudos Criminais n. 12, ano 3. Sapucaia do Sul, Nota Dez, 2003, p. 86.

<sup>16</sup> MENDES. op. cit. p. 1.026.

Pedro Lenza<sup>17</sup> é outro que contribui para o presente estudo, ao classificar a omissão parcial em *propriamente dita e relativa*. Diz o autor:

Por omissão parcial propriamente dita, a lei existe mas regula de forma deficiente o texto.(...).

Por fim, a omissão parcial relativa surge quanto a lei existe e outorga determinado benefício a certa categoria, mas deixa de concedê-lo a outra, que deveria ter sido contemplada. (...)

Sobre o tema, indispensável a contribuição do Ministro Celso de Melo, em brilhante voto nos autos das ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ<sup>18</sup>:

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental, tal como tem advertido o Supremo Tribunal Federal:

**DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.**

- O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um 'facere' (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.

- Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse 'non facere' ou 'non praestare', resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. (...).

Pode-se afirmar que o tema do controle de constitucionalidade ante à omissão legislativa é um dos mais fecundos do Direito Constitucional atual. Em primeiro lugar, porque a Constituição foi pródiga ao prever instrumentos destinados a supri-lá (a ação direta de

<sup>17</sup> LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 258.

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4277/DF e ADPF 132/RJ. Relator: Min. Celso de Melo. Pendente de publicação. Informativo de Jurisprudência 626.

inconstitucionalidade por omissão – art. 103, §2º; e o mandado de injunção – art. 5º, LXXI). Em segundo lugar, pela própria reinvenção do Direito verificada nesses tempos de pós-positivismo, quando às normas constitucionais, em especial as que versam sobre direitos fundamentais, foram reconhecidos plena eficácia e incidência imediata, além de papel integrador de todo o ordenamento, que passou a ser interpretado a partir da constituição (filtragem constitucional).

Luís Roberto Barroso<sup>19</sup> ensina que:

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Esse fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados.

Destaque merece, também, o papel da jurisprudência, em especial a do Supremo Tribunal Federal, na evolução dos institutos relativos à omissão legislativa, como se vê dos julgados, recentes, sobre mandado de injunção, que caminham inexoravelmente para uma aproximação da teoria concretista. O mesmo se pode dizer quanto à tarefa de assegurar políticas públicas destinadas ao atendimento do mínimo existencial, sobretudo em matérias que o constituinte dedicou especial atenção, como por exemplo educação infantil e saúde.

Nesse sentido – e retomando ao tema -, pode-se afirmar que a norma do art. 1º, §2º, da Lei 9.455/97, tem claramente a pecha de inconstitucional por omissão parcial propriamente dita, uma vez que, ao conformar um mandato de criminalização, no qual o constituinte originário expressamente manifestou-se no sentido de punir também o omitente, o fez de forma desarrazoada, sem atentar para a distinção que criou no sistema, o que será demonstrado no próximo item deste estudo.

---

<sup>19</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 364.



#### 4. CONDUCTA OMISSIVA. ESPÉCIES. ELEMENTOS DO TIPO OMISSIVO.

Por conduta, pode-se dizer que é ação ou omissão, comportamento humano voluntário que produz uma modificação no mundo exterior, especificamente dirigido para esta modificação.

Ensina Luiz Regis Prado<sup>20</sup> que, “numa aproximação normológica, os tipos penais incriminadores expressam-se em proibições e mandatos ou ordens, cuja infração dá lugar a delitos de estrutura diversa: a) *tipo de injusto comissivo*: a ação viola uma proibição (*delito comissivo*); b) *tipo de injusto omissivo*: a omissão transgride uma ordem ou comando de atuar (*delito omissivo*).”

Ao iniciar-se o estudo dos crimes omissivos, depara-se o jurista com a clássica distinção entre crimes omissivos próprios (ou puros) e impróprios (ou impuros). Lúcida é a lição de Regis Prado<sup>21</sup>, ao afirmar que “nos delitos omissivos, encontra-se presente o dever de agir, seja *geral* (omissão *própria*), seja *especial* (omissão *imprópria*).”

Valiosa é também a doutrina de Júlio Mirabete<sup>22</sup>, ao afirmar que crimes omissivos próprios “são os que objetivamente são descritos com uma conduta negativa, de não fazer o que a lei determina, consistindo a omissão na transgressão da norma jurídica e não sendo necessário qualquer resultado naturalístico. Para a existência do crime basta que o autor se omita quando deve agir.”

Basta, portanto, a simples abstenção da conduta exigida, não havendo qualquer condicionamento a resultado naturalístico. São crimes em que há um dever geral de agir, imposto

---

<sup>20</sup> PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*, parte geral: arts. 1.º a 120. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 279.

<sup>21</sup> IBIDEM, p. 280.

<sup>22</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini *Processo penal*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 124.

a uma generalidade de pessoas, ainda que em certos casos exija-se alguma condição particular do omitente. Os tipos incriminadores desta categoria representam sempre a punição de uma inércia.

A técnica legislativa, nestes crimes, traz a redação “deixar de fazer”, “deixar de agir”, ou similar. O exemplo mais claro e imediato é o artigo 135 do CP, ou o artigo 244, ou ainda a primeira parte do artigo 319 (prevaricação).

Já os crimes omissivos impróprios, ou comissivos por omissão, pressupõem, para sua configuração, que o agente possua um dever de agir para evitar o resultado. Esse dever, como ensina Rogério Greco<sup>23</sup>, “não é atribuído a qualquer pessoa, como acontece em alguns crimes omissivos próprios, a exemplo do art. 135 do Código Penal, mas tão-somente àquelas que gozem do *status* de garantidoras da não-ocorrência do resultado.”

Juarez Tavares<sup>24</sup> esclarece que para haver essa qualidade de garantidor “O sujeito deve ter com a vítima uma vinculação de tal ordem, para a proteção de seus bens jurídicos, que o situe na qualidade de garantidor desses bens jurídicos.” Arremata Luiz Regis Prado<sup>25</sup> dizendo que há “uma especial relação entre o agente e a vítima, ou entre o agente e a fonte geradora do perigo, de maneira que se apresente como garantidor do bem jurídico relativamente a uma pessoa determinada ou a outras atingidas pela fonte de perigo – *dever de impedir o resultado*.”

Gimbernat Ordeig, citado por Régis Prado<sup>26</sup>, formula os seguintes critérios a respeito da distinção entre omissão própria e imprópria:

(a) critério formal: o decisivo é a previsão legal da conduta omissiva. Estando descrita em tipo legal, a omissão é própria, ao passo que não havendo essa previsão, é hipótese de omissão imprópria;

---

<sup>23</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 10 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 230.

<sup>24</sup> TAVARES, Juarez. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro: ILACP, 1996, p. 65.

<sup>25</sup> PRADO, op. cit., p. 279.

<sup>26</sup> IBIDEM, p. 279.

(b) critérios material: o que importa é a necessidade de ocorrência, ou não, de um resultado de lesão ou de perigo atribuível ao agente.

Conclui-se, portanto, que uma das diferenças fundamentais entre o tipo omissivo próprio e o impróprio é que, no primeiro, a lei faz expressa previsão da conduta que deve ser desempenhada pelo agente, ao passo que, no segundo, por se tratar de um tipo aberto, não há essa prévia definição típica, mas sim “um trabalho de adequação, situando a posição de garantidor do agente aos fatos ocorridos, considerando, ainda, a sua real possibilidade de agir”, como ensina Rogério Greco<sup>27</sup>.

Nesse contexto, cabe, de início, uma indagação: qual a natureza da omissão veiculada no tipo penal do art. 1º, §2º, da Lei 9.455/97? Vale destacá-lo:

§ 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.

Não se pode negar que, de um lado, há expressa descrição típica da conduta esperada (não se omitir em face das condutas descritas anteriormente na lei). Por outro lado, há menção à figura do garantidor (aquele que tem o dever de evitá-las). Como descompatibilizar essa controvérsia?

Parece certo que a hipótese é de omissão própria, ainda que haja menção à figura do garantidor. Isso porque a norma descreve claramente a conduta, não exige resultado naturalístico, e contenta-se, para sua incidência, com um não fazer (omitir-se em face das condutas). Mas e quanto ao garantidor?

Nosso Código Penal adotou a teoria das fontes formais do dever de garantidor, descrevendo, no art. 13, §2º, os que têm o dever de agir e evitar o resultado. Confira-se:

---

<sup>27</sup> GRECO. op. cit., p. 231.

§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.

Diante de sua especial relação com o bem jurídico, cria-se para determinadas pessoas um dever, próprio, de evitar o resultado, devendo, em caso de inércia, e, claro, havendo possibilidade de agir, responder pelo resultado, caso esse venha a ocorrer. Exige-se, ainda, um nexo entre o resultado e a omissão.

Em que pese ser clássica em nossa legislação a idéia de fontes formais do dever de garantidor, há julgados, relacionados ao crime de tortura, em que se elastecem os limites da obrigação de evitar o resultado, como o abaixo citado, da lavra da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal<sup>28</sup>, em que se concluiu:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE TORTURA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL, POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. EXCEPCIONALIDADE. OMISSÃO. RELEVÂNCIA CAUSAL. DEVER DE AGIR. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. 1. O trancamento da ação penal por ausência de justa causa é medida excepcional, justificando-se quando despontar, fora de dúvida, atipicidade da conduta, causa extintiva da punibilidade ou ausência de indícios de autoria, o que não ocorre no caso sob exame. 2. Crime de tortura praticado pela companheira do paciente contra sua filha. Omissão do paciente, que vivia em sociedade conjugal de fato com a corré. Relevância causal. Dever de agir, senão de direito ao menos de fato. 3. Ação penal, ademais, transitada em julgado. Ordem indeferida.

Naquele julgado, o argumento defensivo era absolutamente respeitável. Sustentava-se que o padastro, por não deter Poder Familiar outorgado pelo Código Civil, não ostenta a função de garantidor, ou seja, na espécie, não era obrigado por lei a evitar que seu afilhado fosse vítima de tortura por parte de sua mãe. A equiparação do padastro ao pai, em sede penal, equivaleria a uma analogia *in malan partem*.

---

<sup>28</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 94789, Relator: Min. Eros Grau. Publicado no DOU de 21/05/2010.

A Segunda Turma, porém, não atendeu ao apelo, invocando a existência de uma obrigação de proteção a criança indefesa, “senão de direito, ao menos de fato”, nas palavras do Relator, Ministro Eros Grau.

Abstraídas as críticas a essa decisão, o fato é que, para o STF, existe, ao menos quanto à criança, uma obrigação geral de não se abster de evitar a tortura, decorrência, por certo, dos Princípios da Proteção Integral e Prioridade Absoluta, agasalhados, no texto constitucional, no art. 227.

Mas, excetuada essa hipótese, cabe reconhecer que a menção, constante do tipo em pauta, ao omitente que tenha o dever de evitar as condutas tipificadas como tortura, pressupõe, na esteira da teoria das fontes formais, a existência de:

a) uma lei obrigando ao dever de cuidado, proteção ou vigilância; b) ato ou fato jurídico pelo qual o agente assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; ou c) comportamento anterior do agente que cria o risco da ocorrência do resultado.

Nesse sentido, poder-se-ia afirmar que determinado preso, ao ver seu colega de cela submetido a tortura, mesmo que tivesse possibilidade agir e evitar o resultado, não comete crime ao quedar-se inerte. Da mesma forma o sujeito que, ao passar ao lado de uma delegacia, faz ouvidos de mercador aos gritos e pedidos de socorro dali oriundos, que denunciam, no mais das vezes, a prática da tortura.

Bem diferente é a situação de um Promotor de Justiça fluminense que, no desempenho da missão de vistoriar determinada delegacia de polícia (art. 34, X, da LC 106/03), finge não ouvir as primeiras súplicas de um preso que começa a ser torturado. Diante da especial relação que tem com o bem jurídico, o Promotor de Justiça deve, necessariamente, impor-se e evitar a consumação daquela prática criminosa, ainda que para tanto socorra-se do Poder Judiciário.

Admita-se, contudo, que o promotor do exemplo acima quedou-se inerte e, ato contínuo, a corregedoria da polícia adentra ao estabelecimento policial e verifica que, de fato, um preso está sendo submetido, por policiais, a tortura. Como tipificar as condutas?

Para os policiais, aparentemente não há maiores problemas. Basta concluir pela melhor adequação típica (art. 1º, I, II ou §1º), a depender do dolo. As penas são de reclusão e variam de 2 a 8 anos. Cabível, ainda, como efeito automático da condenação, a perda do cargo e a proibição de seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada (§5º).

Já o Promotor, abstraída a leitura constitucional que o dispositivo merece, estaria, por sua omissão, sujeito a pena de detenção que varia de 1 a 4 anos, o que muito provavelmente se resolveria em sede de suspensão condicional do processo, nos exatos termos do art. 89 da Lei 9.099/95, em que pese a hediondez do crime cuja consumação decorreu direta e necessariamente da omissão.

Parece não ter sido essa a idéia do constituinte originário quando pretendeu maior rigor na tutela de determinados bens jurídicos, impingindo punições mais graves a determinadas práticas delituosas, em especial a tortura, o tráfico de drogas e o terrorismo, crimes que, nos termos do inciso XLIII, do art. 5º, são inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia.

Por outro lado, ao expressamente afirmar que por tais crimes respondem “os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”, por certo não pretendia o constituinte dar tratamento benéfico a esses últimos, arrolados que foram lado a lado com o autor intelectual e o autor direto.

De se notar, ainda, que caso não existisse o parágrafo segundo do art. 1º da Lei 9.455/97, no exemplo dado a conduta do Promotor de Justiça ainda configuraria crime, só que punível com pena mais grave do que a capitulada.

Com efeito, nos termos do disposto no art. 13, §2º, “a”, do Código Penal, o Promotor de Justiça, na qualidade de garantidor da não ocorrência do resultado típico, responderia, por sua omissão, nos mesmos moldes dos policiais. Diante da estreita ligação com o bem jurídico, quedar-se inerte equivale a aceitar a produção do resultado, ou seja, um agir próximo do dolo eventual.

Conclui-se que a interposição legislativa, ao tipificar a conduta omissiva do garantidor no crime de tortura, desvirtuou, para dizer o mínimo, a iniciativa contida no mandato de criminalização previsto na Constituição da República.

## **5. DESCOMPATIBILIZANDO A CONTROVÉRSIA. POR UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DISPOSITIVO**

A esta altura, pretende-se que o leitor concorde que, no que tange ao delito de tortura, a tipificação da conduta do omitente-garantidor, levada a efeito pelo §2º, do art. 1º, da Lei 9.455/97, revela-se insuficiente para atender o mandato de criminalização previsto no inciso XLIII, do art. 5º, da Constituição Federal.

A hipótese, portanto, é de inconstitucionalidade por omissão parcial, que ocorre, como antes visto, quando o ato normativo atende apenas parcialmente ou de modo insuficiente à vontade constitucional.

Porém, a pura e simples declaração de inconstitucionalidade do texto, com a supressão de sua eficácia, resolveria, por certo, apenas um dos lados da questão.

Novamente relevantes as lições de Luís Roberto Barroso<sup>29</sup>, ao elucidar o Princípio da interpretação conforme a Constituição:

A interpretação conforme a Constituição, categoria desenvolvida amplamente pela doutrina e pela jurisprudência alemãs, compreende sutilezas que se escondem por trás da designação truística do princípio. Destina-se ela à preservação da validade de determinadas normas, suspeitas de inconstitucionalidade, assim como à atribuição de sentido às normas infraconstitucionais, da forma que melhor realizem os mandamentos constitucionais. Como se depreende da assertiva precedente, o princípio abriga, simultaneamente, uma técnica de interpretação e um mecanismo de controle de constitucionalidade.

(...)

Como mecanismo de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição permite que o intérprete, sobretudo o tribunal constitucional, preserve a validade de uma lei que, na sua leitura mais óbvia, seria inconstitucional. Nessa hipótese, o tribunal, simultaneamente, *infirmo* uma das interpretações possíveis, declarando-a inconstitucional, e *afirma* outra, que compatibiliza a norma com a Constituição. Trata-se de uma atuação ‘corretiva’, que importa na declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Figura próxima, mas não equivalente, é a da interpretação conforme a Constituição para declarar que uma norma válida e em vigor não incide sobre determinada situação de fato. Em qualquer caso, o princípio tem por limite as possibilidades semânticas do texto.

Parece claro que ao afastar a eficácia do dispositivo por ofensa ao texto constitucional, continuaria sendo típica a omissão do garantidor no que pertine à evitação da prática da tortura, pelo que se utilizaria da norma de extensão do art. 13, §2º, do Código Penal. Como resultado, haveria a punição nos exatos termos da conduta principal, tal como espera a Carta Magna.

Não se pode olvidar, contudo, que o dispositivo legal em tela capitula também a conduta do agente que, tendo o dever **apurar** a tortura, se omite. Ou seja, há duas omissões claramente tipificadas: evitar o resultado e apurá-lo.

Deve ser prestigiada a iniciativa do legislador ordinário nesse ponto, pois considerou punível a simples omissão na apuração da tortura, o que está em linha com o maior rigor que esse delito inspira – ou deveria inspirar – como resposta.

Feita essa observação, a solução aqui sugerida passa por considerar que a conduta relativa à evitação do resultado, para os fins da pena alvitada pelo dispositivo em tela, é

---

<sup>29</sup> BARROSO. op. cit., p. 302.



praticada com o elemento subjetivo da culpa<sup>30</sup>. A omissão dolosa sujeita o autor, nos termos da norma de extensão do CP – 13, §2º -, às mesmas penas previstas no preceito secundário do artigo primeiro da lei de tortura (reclusão de 2 a 8 anos); o agir negligente de não evitar o resultado, porém, seria apenado nos termos do art. 1, §2º, da Lei 9.455/97.

Sabe-se que com a reforma da Parte Geral do Código Penal, havida em 1984, a punição pelo delito culposo passou a exigir expressa previsão legal (art. 18, parágrafo único, CP). Porém, ainda que o dispositivo objeto deste estudo não descreva, expressamente, uma conduta culposa, interpretação sistemática da legislação penal autoriza concluir que a hipótese não pode ser praticada com dolo, o que, aliás, ocorre com inúmeros outros delitos, em especial os preterdolosos.

Com efeito, sabe-se que a diferença entre o crime do art. 121, § 2º, III (homicídio qualificado mediante tortura) e o crime do art. 1º, §3º, da Lei 9.455/97 (tortura com resultado morte) reside justamente no elemento subjetivo do tipo: no primeiro, o resultado esperado é a morte (*animus necandi*) e o meio a tortura; no segundo, se quer torturar, mas, por culpa, ocorre a morte.

O relevante é que, nesse último dispositivo, não se fala de conduta culposa, assim como não ocorre com os arts. 129, §3º, do CP (lesão corporal seguida de morte) ou 157, §3º, do CP

---

<sup>30</sup> Precisas as palavras de Juarez Cirino dos Santos: “O substantivo *culpa* e o adjetivo *culposo* são inadequados por várias razões: primeiro, confundem *culpa*, modalidade subjetiva do tipo, com *culpabilidade*, elemento do conceito de crime, exigindo a distinção complementar de *culpa em sentido estrito* e *culpa em sentido amplo*, o que é anticientífico; segundo, induzem perplexidade no cidadão comum, para o qual *crime culposo* parece mais grave do que *crime doloso*, ampliando a incompreensão de conceitos jurídicos; terceiro, o substantivo *imprudência* e o adjetivo *imprudente* exprimem a idéia de lesão do dever de cuidado ou do risco permitido com maior precisão do que os correspondentes *culpa* e *culposo*; quarto, a dogmática alemã usa o termo *Fahrlässigkeit*, que significa negligência ou imprudência, mas a natureza da maioria absoluta dos fatos lesivos do dever de cuidado ou do risco permitido, na circulação de veículos ou na indústria moderna, parece melhor definível como *imprudência*.” (SANTOS, Juarez Cirino. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 81)

(latrocínio). Este último, inclusive, segundo a melhor doutrina, abarca ambos os elementos subjetivos, como se vê da lição de Weber Martins Batista<sup>31</sup>:

Hoje, pode-se dizer, é mais ou menos tranquilo o entendimento de que a norma comporta as duas hipóteses, tanto a do agente que, para cometer o roubo ou garantir seu resultado, mata a vítima dolosamente, de propósito, como a de quem causa sua morte involuntariamente, sem a querer ou assumir o risco de produzi-la, mas desde que tal resultado seja previsível.

Por outro lado, a omissão dolosa na apuração das condutas, praticada por quem tinha o dever legal de apurá-las, sujeita o omitente às penas do ora enfocado tipo penal, como resposta suficiente e adequada a uma conduta que, não fosse o dispositivo, não passaria da punibilidade em esfera administrativa, salvo se eventualmente demonstrado o elemento subjetivo relativo ao especial fim de agir exigido pelos arts. 319 e 320, do CP.

Trata-se de solução que compatibiliza o dispositivo legal e seu fundamento de validade, além de adotar uma visão sistemática do Direito Penal.

Respeita-se, assim, os princípios instrumentais de interpretação constitucional, como a supremacia da constituição e a presunção de constitucionalidade das leis, por meio de uma interpretação conforme do dispositivo em tela.

## **6. IMPACTOS PROCESSUAIS-PENAIIS DA CONTROVÉRSIA**

A resposta estatal prevista para realização da conduta descrita no art. 1º, §2º, da Lei 9.455/94, é a de detenção, por 1 (um) a 4 (quatro) anos.

---

<sup>31</sup> BATISTA, Weber Martins. *O Furto e o Roubo no Direito e no Processo Penal* – Doutrina e Jurisprudência. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1997, p. 277)

Diante dessa pena, é aplicável o instituto da suspensão condicional do processo, previsto no art. 89 da Lei 9.099/95, que nas abalizadas palavras de Marcellus Polastri<sup>32</sup> “... também é medida despenalizadora e consiste, a princípio, em **transação**, conforme o permissivo do art. 98, I, da Constituição, já que tanto o Ministério Público como o acusado cedem. O primeiro dispõe sobre o prosseguimento da persecução; o segundo, sobre uma parcela de seus direitos e garantias.”

Trata-se de instituto destinado a crimes de, no máximo, médio potencial ofensivo. Tem como razão de ser as conseqüências nefastas que o encarceramento produz nas pessoas, tal como vem sendo reconhecido há muito pela doutrina e jurisprudência.

Assim, o legislador infraconstitucional, convencido do fracasso da pena corporal como instrumento de ressocialização e prevenção dos crimes, inseriu no ordenamento algumas ferramentas para evitar a expiação, uma das quais a suspensão condicional do processo.

Em que pese ser inegável que a pena corporal, na forma atualmente imposta no Brasil, mais fomenta o desajuste social do que a ressocialização do indivíduo, é fato, também, que até o momento não se inventou uma alternativa ao encarceramento de indivíduos que atentam de forma grave contra os bens jurídicos mais relevantes.

Nesse contexto, deve ser endossada a tese de que apenas para os casos de extrema gravidade deve haver a perda da liberdade, cumprindo, nos casos de menor ou médio potencial ofensivo, buscar-se alternativas à prisão.

O crime de tortura, porém, é equiparado a hediondo, a ensejar as medidas previstas na Lei 8.072/90, não havendo alteração da natureza do delito seja ele praticado por comissão ou omissão imprópria. O omissor, imbuído do dever de evitar o resultado, se nada faz, aquiesce e propicia a ocorrência da gravíssima lesão ao indivíduo que é torturado. Pensar de forma diversa é

---

<sup>32</sup> LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de Processo Penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 768.

concluir contrariamente ao constituinte originário, que, como amplamente demonstrado neste trabalho, dirigiu especial atenção na criminalização da tortura.

Assim, na linha de conclusão deste trabalho, ao omitente que, de forma culposa, contribui para o resultado, bem como para aquele que, tendo dever de apurar a conduta, não o faz, valem as penas do art. 1º, §2º, da Lei 9.455/97, daí decorrendo a possibilidade de se obter a suspensão condicional do processo, na forma do art. 89 da Lei 9.099/95.

Para o agente que, dispondo do dever de evitar o resultado (Delegado, Promotor, pais etc.), podendo não o faz, valem as penas do art. 1º (reclusão de dois a oito anos), segundo a melhor adequação típica para o dolo (incisos I, II ou §2º), o que inviabiliza a suspensão condicional do processo ou outros benefícios incompatíveis com o caráter hediondo do delito, como o cumprimento de pena em regime inicial diverso do fechado, progressão de regime com cumprimento de apenas 1/6 da pena, ou, ainda, liberdade condicional mediante cumprimento de 1/3 da corporal.

## **CONCLUSÃO**

O presente artigo foi escrito a partir da constatação de que o legislador infraconstitucional, *data venia*, agiu mal ao tipificar a figura omissiva do delito de tortura (art. 1º, §2º, da Lei 9.455/97).

Isso porque desconsiderou o desprezo do constituinte originário pela prática de tortura, o que está em linha com importantes documentos internacionais sobre direitos humanos, muitos editados como resposta as atrocidades do pós-guerra.

Nossa Carta Magna expressamente determina a punição do agente que, por sua omissão, contribui para o delito de tortura (art. 5º, XLIII). Ao tipificar a conduta, o legislador infraconstitucional, por meio da Lei 9.455/97, deu tratamento diverso (e mais benéfico) do que o aplicável em caso de ausência da norma, uma vez que o Código Penal já previa a omissão do garantidor e a ela comina as mesmas penas aplicáveis o delito que deveria ter sido evitado (art. 13, §2º).

Sustenta-se a inconstitucionalidade desta interpretação do dispositivo, por quebra do Princípio da Proporcionalidade em sua face de Proteção Deficiente, o que consubstancia uma omissão inconstitucional parcial.

Impõe-se fazer uma interpretação conforme a constituição, para concluir-se que a conduta descrita no art. 1º, §2º, da Lei 9.455/97, no que se refere à omissão do garantidor, deve ser realizada com o elemento subjetivo culpa, conclusão essa baseada em interpretação sistemática da legislação penal.

Isso feito, afasta-se a interpretação mais óbvia do dispositivo, e prestigiam-se os princípios da supremacia da constituição e da presunção de legalidade dos atos normativos estatais.

Afasta-se, também, a incongruência de aplicar-se a suspensão condicional do processo (art. 89, da Lei 9.099/95), ou outras medidas incompatíveis como o caráter hediondo do delito ao agente que, imbuído do dever legal de agir, omite-se e, com isso, permite o resultado tortura, conduta que necessariamente deve ser considerada como grave, ainda que em deferência à soberania popular cristalizada no texto aprovado pelo poder constituinte originário.

## **REFERÊNCIAS**

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BATISTA, Weber Martins. *O Furto e o Roubo no Direito e no Processo Penal – Doutrina e Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1997, p. 277.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal*. Porto Alegre: Livr. Do Advogado, 2005.

FRANCO, Alberto Silva. *Doutrinas essenciais: Direito Penal – V. 7*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 1985.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de Processo Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 1995.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral: arts. 1.º a 120*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

SARLET, Ingo. “Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência” . In: *Revista de Estudos Criminais* n. 12, ano 3. Sapucaia do Sul: Nota Dez, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

STRECK, Lenio Luiz. *O Princípio da Proibição de Proteção Deficiente (Untermassverbot) e o Cabimento de Mandado de Segurança em Matéria Criminal: Superando o ideário liberal-*

individualista-clássico. Disponível em  
<[http://leniostreck.com.br/index2.php?option=com\\_docman&task=doc\\_view&gid=77&Itemid=29](http://leniostreck.com.br/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=77&Itemid=29)>. Acesso em: 24 de maio de 2011.

TAVARES, Juarez. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro: ILACP, 1996.