

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA

PROJETO DE LEI Nº 1.846, DE 2011

Altera a alínea "c" do inciso I do art. 1º da Lei n.º 9.455, de 7 de abril de 1997 – Lei da Tortura.

Autor: Deputada CARMEN ZANOTTO

Relator: Deputado LUIZ COUTO

VOTO EM SEPARADO DEPUTADO MARCOS ROGÉRIO

I – RELATÓRIO

Trata-se de projeto de lei que visa alterar a Lei da Tortura, para alargar a definição da conduta típica em decorrência de discriminação racial e religiosa e em razão da discriminação sexual.

A iniciativa veio à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania – CCJC – e recebeu voto do relator posicionando-se a favor da constitucionalidade formal e material. De igual sentido, salientou a adequação da proposição à espécie normativa e iniciativa legislativa.

O nobre relator reconheceu, ademais, a juridicidade em cotejo com o ordenamento vigente.

Quanto à técnica legislativa, apontou imperfeições que procurou saná-las através de Substitutivo. Nele, em apreço à Lei Complementar 95/98, alterou a ementa, inseriu no seu artigo 1º o objeto da proposta, acrescentou o art. 2º no qual, com pequena variável redacional, inseriu

a alteração proposta, adicionando ao inciso I do art. 1º da Lei de Tortura (Lei 9.455/97) a letra **c**, conforme quadro comparativo:

Proposta originária	Substitutivo
c) em razão de discriminação racial, religiosa ou sexual.	c) em razão de discriminação racial, étnica, pela cor, religião, relativa à procedência nacional, pelo gênero ou em função de orientação sexual.

Acrescenta, também, artigo de vigência, em apreço à mencionada LC 95/98.

No mérito, manifesta-se favorável ao projeto, nos termos do Substitutivo.

É o Relatório.

II - VOTO

Preambularmente, cumpre manifestar o compromisso que tem o PDT em relação à defesa dos direitos humanos, entre os quais se destaca o combate à Tortura. A doutrina trabalhista, que orienta a prática legislativa do nosso partido, fez dos Direitos Humanos expressão programática, o que significa entender como matéria vinculante, à luz do princípio da **unidade de ação partidária**, por força do art. 14 do Estatuto¹.

¹ art. 14 do Estatuto partidário: As Bancadas no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembleias Legislativas, na Câmara legislativa de Brasília e nas Câmaras Municipais são formadas pelos parlamentares inscritos na legenda partidária, que se obrigam a seguir o princípio da unidade de ação nas votações cujo mérito esteja contido no Programa ou nos Estatutos do Partido, ou que tenha sido objeto de deliberação coletiva ou emanada da direção partidária.

Eis, no vernáculo, a especificação correspondente no item 4.7 do Programa do PDT, integrado ao Estatuto por força do art. 89, que defende:

Uma política de prevenção do crime, de caráter social, que ataque as causas reais da criminalidade provocada pelo desemprego e pela miséria. Humanização do sistema penal e carcerário que tenha como objetivo a reabilitação social dos penitenciários. Controle público dos órgãos policiais para impedir os abusos de autoridade, a corrupção e a violência.

Outro tanto, na mesma linhagem sistemática, vê-se grafado no item 6. 4 do Programa Partidário:

Defender os direitos humanos em todo o mundo, reconhecendo autoridade a ONU para coibir, sem o emprego da força, a violação de tais direitos por parte dos países membros.

Todavia, dentro dos limites da competência específica de atuação nesta Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, isto é, à análise da Constitucionalidade, da juridicidade e da Técnica Legislativa, manifesto-me pela rejeição tanto do projeto quanto do substitutivo, pelos motivos que passo a expender:

Breve histórico da proteção contra a tortura no Brasil

Abominável conduta que caracteriza a prática de tortura esteve, na maioria dos casos, ligada à finalidade de obter-se a confissão de delito imputado ao torturado. Todavia, nem sempre ocorreu por este motivo, mas como meio de agravar o sofrimento da vítima.

Em passado longínquo, localizam-se exemplos de diplomas que abordaram esta nocividade. A Lei do Talião que punia com o mesmo castigo a infração perpetrada. O Antigo Testamento (Êxodo, 21:20) prevê punição

para quem ferisse o seu escravo ou a sua serva com uma vara, e o ferido viesse a morrer debaixo de sua mão; Eclesiástico, que admite a tortura dos escravos (33:27), mas recomenda que seja tratado como irmão (33:32). Em Atos dos Apóstolos, 22:24, Paulo serve-se da sua qualidade de *cidadão romano* para afastar a imposição de tortura.

Clássica obra de PIETROVERRI, OBSERVAÇÕES SOBRE A TORTURA, menciona o uso sistemático da tortura, com início a partir do século XI na Europa e ápice entre os séculos XIII e XVII, durante a Inquisição. A mitigação desta prática perniciosa, com condenação positivada, deu-se no final do século XVIII e início do século XIX, com o advento do Capitalismo Industrial².

Em nosso país, em pretérito não tão distante, medrou, especialmente em período ditatorial, a prática desta conduta perversa.

No Brasil, desde a Constituição de 1824, tratamentos desumanos, entre os quais a tortura, já encontravam declaração condenatória (art. 179§ 19: *Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as demais penas cruéis.*). Essa preocupação fez-se presente na Carta de 88 (art. 5º, III, XLIII, XLVII e XLIX), seguindo uma praxe das constituições mundiais modernas em geral³.

A doutrina aponta interessante silêncio das Constituições republicanas brasileiras anteriores à Constituição da República de 88, isto é, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967, a exceção de repulsa pelas penas cruéis e uma menção direta no art. 150, § 14 da Constituição de 1967, que ordenava *respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário*. Assim mesmo, com o advento da Carta Magna de 88, referida norma foi concebida com o matiz da eficácia limitada, o que significa dizer carecedora de legislação infraconstitucional permissiva de efetivação⁴.

² – Michel FOUCAULT, Vigiar e punir, págs. 69-116

³ – José Antônio da SILVA, Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 207

⁴ – Alexandre de MORAES, Direito Constitucional, p. 69

O legislador ordinário tratou de criar a tipificação da tortura no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90), art. 233. Ao depois, equiparou o crime de tortura aos de natureza hedionda (Lei 8072/90, arts. 1º e 2º). Contudo, nenhum desses diplomas veio a definir o crime de tortura, passando a doutrina a cumprir o seu papel integrador conceitual.

Nesta ordem de constatações, adicione-se a informação compilada em precioso artigo intitulado *A definição do crime de tortura no ordenamento jurídico penal brasileiro*, de autoria de Eduardo Luiz Santos Cabette⁵, em textual:

'De Plácido e Silva leciona, de forma extremamente genérica, que tortura 'é o sofrimento ou a dor provocada por maus tratos físicos ou morais'.

Hungria conceitua tortura como o 'meio suplicante, a infligção de tormentos, a judiaria, a exasperação do sofrimento da vítima por atos de inútil crueldade'.

Para Aníbal Bruno, tortura consiste no 'sofrimento desnecessário e atormentador, deliberadamente infligido à vítima'.

Noronha conceitua o termo como o ato de 'infligir-se um mal ou sofrimento desnecessário e fora do comum'

Finalmente, dentre outras diversas conceituações doutrinárias, Mirabete expõe que 'tortura é a infligção de mal desnecessário para causar à vítima dor, angústia, amargura, sofrimento.'

No plano internacional, que consabidamente também se constitui em fonte de Direito, em especial quando ingressa no ordenamento doméstico, também houve essa preocupação de positivizar a proteção da dignidade da pessoa humana, o que significa tratar do crime de tortura. De efeito, desde a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1793, visualiza-se mencionado cuidado. De semelhante conteúdo, tem-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 10/12/48, ao estabelecer em seu artigo V que *ninguém deve ser submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante*.

⁵ - Eduardo Luiz Santos CABETTE, <http://jus.com.br/revista/texto/11304/a-definicao-do-crime-de-tortura-no-ordenamento-juridico-penal-brasileiro#ixzz1zaV3D3Z3> (em 09/07/2012),

Seguiu-se a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)*, de 1969, que estipula em seu art. 5º, n.º 2: *ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano*'.

Aponte-se, na mesma toada, a *Convenção da ONU sobre tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes*, de 10/12/84, (Decreto n.º 40 de 15/2/910) que define, em seu artigo 1º o crime de tortura como:

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

A *Convenção Europeia para a prevenção da tortura e das penas ou tratamentos desumanos ou degradantes*, de 1º/02/89, por seu turno, oferece uma série de medidas regulamentadoras da fiscalização entre os Estados Membros contra a prática da tortura. Postura que também foi adotada pela *Convenção Interamericana*, de 1985, ratificada pelo Brasil (Decreto 98.386, de 09/11/89), definindo a tortura, na dicção do seu art. 2º:

Para os efeitos desta convenção, entender-se-á por tortura todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação ou castigo pessoal, como medida preventiva ou com qualquer outro fim.

Entender-se-á também por tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou psíquica.

Em 1997, com a edição da Lei 9.455, norma objeto da pretendida alteração ora sob análise, o crime de tortura recebeu definição.

Se seu mérito primário foi ultrapassar antiga polêmica a respeito da aplicabilidade do referido art. 233 do ECA, que expressamente o revogou, não é correto concluir que a conhecida Lei da Tortura promoveu uma definição adequada da figura criminosa da tortura.

Para melhor entendimento da questão, cumpre trazer à lembrança que a constitucionalidade do referido art. 233 do ECA, à época, foi apreciada pelo Pretório Excelso que definiu, por apertada margem (6x5)⁶ (HC 70389-5 SP) sua conformidade com o Texto Maior. Naquela ocasião, a própria decisão foi duramente criticada por doutrinadores de escol, como o efetuado por ALBERTO SILVA FRANCO⁷, que, com suficiente razoabilidade, aponta flagrante violação ao princípio da Legalidade estampado no art. 5º, XXXIX da Constituição da República e ao art. 1º do Código Penal.

Temos que esta mesma deficiência, identificada na redação do tipo em apreço, não se revela superada pela modificação que se pretende efetuar com o acréscimo sugerido nem pelo projeto originário, nem pelo substitutivo do relator.

Impende, para demonstração, adentrar na análise de questões específicas, a saber: o bem jurídico tutelado com a tipificação da tortura e o art 1º da Lei 9.455/97 em face do princípio da legalidade estrita.

⁶ - (HC 70389-5 SP)

⁷ - Alberto Silva FRANCO, Tortura – Breves anotações sobre a Lei 9455/97, Revista Brasileira de Ciências Criminais, 19/56

O bem jurídico tutelado

A determinação do bem jurídico tutelado pelos crimes de tortura justifica-se ante o Estado Democrático de Direito, não apenas na busca do fundamento legitimador da criminalização da conduta, mas como limite da própria atuação estatal criminalizadora.

LUIZ REGIS PRADO ⁸, in BEM JURÍDICO – PENAL E CONSTITUCIONAL, 3^ª, ed. São Paulo: RT, 2003, págs. 60 e 61, com invulgar proficiência, reúne várias funções para o bem jurídico:

- a) **função de garantia ou de limitar o direito de punir do estado**, (...) sem que haja lesividade da conduta a um bem jurídico não há legitimidade para a previsão de um tipo penal como bem traduz o brocardo *nullum crimen sine injuria*;
- b) **função teleológica ou interpretativa** – todo o sentido e alcance de uma norma penal está ligado ao bem jurídico por ela tutelado. Sem uma devida determinação do bem jurídico protegido por uma infração penal torna-se impossível sua interpretação e aplicação correta;
- c) **função individualizadora** – utilizada como critério para a dosimetria legal da pena de acordo com a importância do bem jurídico protegido pela norma, bem como com o grau de lesão produzido na conduta concreta;
- d) **função sistemática** – o bem jurídico exerce importante papel na classificação dos tipos penais em uma parte especial de um código, de modo a possibilitar a agregação daqueles que tem entre si uma coincidência tutelar (ex. crimes contra a vida, crimes contra o patrimônio etc.). Isso também vale para legislações penais esparsas (ex. crimes de trânsito, crimes ambientais, crimes contra a ordem tributária, crimes contra as relações de consumo etc.).

Em relação ao bem jurídico tutelado nos crimes de tortura, a doutrina registra incorreta identificação do bem jurídico protegido. Por vezes, aponta-se a integridade física e psíquica da vítima, por outras, adiciona-se a estas a liberdade da pessoa humana⁹. Há os que a identificam nas garantias constitucionais do cidadão¹⁰.

⁸ – Luiz Regis PRADO, in BEM JURÍDICO – PENAL E CONSTITUCIONAL, 3^ª, ed. São Paulo: RT, 2003, págs. 60 e 61

⁹ – CAPEZ, 2010, p. 725; BECHARA, 2005, p. 106; Gonçalves, 2001, p. 90; Nucci, 2006, p. 735

¹⁰ – ANDREUCCI, 2007, p. 384 e SIMONATO, LICHTENTHAL, 2008, p. 223

A primeira corrente sucumbe ante a serventia de outros tipos penais que atendem a referida proteção, como lesões corporais, ameaça, constrangimento ilegal, discriminação racial, etc.). A segunda não é capaz de convencer pela deficiência de indicar, com precisão, quais das garantias constitucionais do cidadão merecem a tipificação de tortura. Surge uma terceira posição doutrinária¹¹ que, fundamentada na legislação internacional de proteção aos Direitos Humanos, localiza na *dignidade da pessoa humana* o traço distintivo para a decantada proteção. Esta parece ser a teorização mais acertada que justificaria o tratamento especial albergado no instituto em apreço. Além dos bens jurídicos subsidiários, como a liberdade, a integridade física, psíquica, moral da vítima, há um bem jurídico primordial a ser protegido que é a *dignidade da pessoa humana*.

O próprio histórico que permeou a gestação do Projeto de Lei transformado na atual Lei da Tortura registra a localização desse bem jurídico objeto de tutela, em manifestação do Instituto dos Advogados Brasileiros¹², *ad litteram*:

*A tortura pode ser detectada como fim em si mesmo ou como meio para qualquer fim ou pretexto contrário à vontade da vítima, seja essa legítima ou não. A tortura inclui **tratamentos ou penas cruéis desumanas ou degradantes**, posto ser o bem ou interesse social contra o qual se volta, a dignidade humana que, agora, adentra o elenco dos que são jurídica e penalmente tutelados. Com efeito, é a conduta que configura o crime de tortura, tal como pretendeu o Constituinte e tal como se pretende definir, agora, uma das mais graves ofensas à '**dignidade humana**'.*

A dignidade humana é o salário social mínimo indispensável da condição humana da Pessoa, no mundo contemporâneo, apresentando-se como uma dos cinco fatores em se funda a República Federativa do Brasil, segundo o item III, do art. 1, da CF e está intimamente ligada ao objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária – item I, do art. 3, da CF.

Eis porque a dignidade humana passou a representar objeto de respeito prevalente no rol dos Direitos e Deveres do Povo Brasileiro, no sentido nacional e, mais abrangentemente, no contexto do Direito dos Povos de todas as nações do mundo. (grifo constante do original)

¹¹ – Eduardo Luiz Santos CABETTE, *in* BEM JURÍDICO TUTELADO PELOS CRIMES DE TORTURA, <http://atualidadesdodireito.com.br/eduardocabette/2012/07/05/bem-juridico-tutelado-pelos-crimes-de-tortura/>

¹² – Instituto dos Advogados Brasileiros, PR – 1108/96, ao Ministro de Estado de Justiça, 24/09/96.

Identificado o bem jurídico protegido, resta reconhecer a legitimidade do legislador ao elaborar um tipo penal especial destinado a proteger a dignidade humana e, a partir dessa identificação, fornecer ao exegeta um critério diferenciador entre o crime de tortura e uma simples discriminação já protegida pelo ordenamento pátrio, como, por exemplo, a decorrente de raça ou religião, ou orientação sexual. A partir dela, também, justificar uma reprimenda estatal mais rigorosa que a dispensada a outros tipos penais incriminadoras de condutas que atingem bens jurídicos subsidiários no crime de tortura, v.g. o constrangimento. E, nesse arcabouço, justificar a existência de uma legislação especial tutelando a tortura.

O art. 1º da Lei 9.455/97 em face do princípio da legalidade estrita

Em item precedente, mostramos a polêmica exurgente do revogado art. 233 do ECA que, como em outras normas do ordenamento doméstico, apenas utilizava a palavra, o rótulo *tortura*, sem pormenorizar, nem descrever condutas que assim a caracterizassem. Viu-se a crítica abalizada da doutrina a respeito da deficiência redacional comprometedora do princípio da Legalidade estampado no art. 5º, XXXIX, da Constituição da República e ao art. 1º do Código Penal. Vimos como o STF, com a composição da época, por maioria de um voto apenas, decidiu que o referido art. 233 conformava-se verticalmente.

Editada a norma que ora se pretende modificar com acréscimos à definição específica da conduta incriminada que alberga a discriminação, cabe, em face do princípio da legalidade estrita, que deita raízes no postulado da segurança jurídica, a seguinte indagação: *Ao definir o crime de tortura, a norma é suficientemente descritiva, de forma pormenorizada, de maneira taxativa, a indicar com segurança a caracterização da tortura?* Desenganadamente, não.

A leitura do art. 1º revela infinidade de condutas que podem ou não ser tidas como prática de tortura, a depender do subjetivismo e até mesmo das idiosincrasias do aplicador da norma, do intérprete. É, na

expressão doutrinante de elevada estirpe¹³: *uma descrição típica muito genérica, criando o que se convencionou chamar de 'tipo aberto' gerador de insegurança jurídica e infringente do Princípio da Legalidade (art. 5º II e XXXIX, CF e art. 1º do CP).*

Veja-se, à guisa ilustrativa, a feliz abordagem no mencionado estudo sobre a definição do crime de tortura no ordenamento jurídico penal brasileiro, que pelo didatismo que deita sobre o tema merece destaque *in verbis*:

Note-se que nas descrições típicas do artigo 1º. da Lei de Tortura pode-se encaixar uma infinidade de condutas, cuja configuração ou não de tortura não se dá pela inadequação à dicção legal, mas sim por uma análise meramente subjetiva, orientada pelo bom (ou mau) senso do intérprete. É claro que algumas condutas indubitavelmente configuradoras da prática de tortura enquadram-se perfeitamente nas tipificações da lei, mas há certos atos que podem ser perpetrados e caberem muito bem nas definições legais, sem que justifiquem a qualificação de um crime de tortura. Exemplificando: submeter uma pessoa a uma sessão de "pau de arara" com choques elétricos para obter uma confissão, certamente teria abrigo na moldura do art. 1º., I, "a", da Lei 9455/97. Quem negaria que isso é uma forma de tortura? Há constrangimento, emprego de violência e sofrimento físico, bem como a satisfação do elemento subjetivo consistente no desejo do agente de obter uma confissão da vítima. Por outro lado, quando um Policial Militar desfere um tapa no rosto da vítima a fim de obter informação sobre seus dados qualificativos, os quais se negou a fornecer durante o registro de uma ocorrência. A conduta também apresenta adequação ao tipo penal, tanto quanto a primeira. Apresenta todos os elementos necessários: há o constrangimento, o emprego de violência, sofrimento físico (afinal de contas é somente nos versos da canção popular que "um tapinha não dói" (sic) e até o elemento subjetivo de obter uma informação da vítima. Há adequação típica à figura do art. 1º., I, "a", da Lei 9455/97. Mas há mesmo o crime de tortura? Ou seria mais adequado o reconhecimento de um mero Abuso de Autoridade, previsto pela Lei 4898/65 em seus artigos 3º., "i" e 4º., "b"? Distinguir entre uma suposta adequação formal e outra material à lei não elide o fato de que a norma simplesmente não é capaz de individualizar ou determinar com segurança as condutas por ela abarcadas. Como já se disse alhures, a dicção da norma é correta, mas não possibilita ao intérprete um conhecimento seguro daquilo que pretende retratar.

¹³ – Alberto Silva FRANCO, vide nota 7, *apud* Eduardo Luiz Santos Cabette ob. cit.

(...)

Quando se afirma que a descrição genérica da Lei 9455/97 infringe o Princípio da Legalidade, tem-se em consideração o conceito de "Legalidade Estrita" defendido pelo Garantismo Jurídico-Penal, de acordo com a formulação de Luigi Ferrajoli.⁴⁵ Isso porque poder-se-ia argumentar que a mera previsão legal, ainda que genérica, dependente de complementação pelo intérprete por processos os mais variados, poderia satisfazer o chamado Princípio da Legalidade, desde que visto sob um prisma amplo.

(...)

No campo penal a fim de satisfazer todas essas condições necessárias ao reconhecimento de um Estado de Direito, só há espaço para o Princípio da Estrita Legalidade. Olvidá-lo nessa seara, contentando-se com a mera legalidade, equivale à sua negação completa (do próprio "Princípio da Legalidade" em geral).

Há exemplos históricos desastrosos dessa negação absoluta acobertada por uma legalidade num sentido amplo.

(...)

Além disso, se for feita vista grossa à indefinição do tipo penal, deixando de lado princípios básicos do Direito Penal moderno e aplicando indiscriminadamente a legislação falhada como se nada houvesse de errado; todo o prejuízo seria creditado também à própria sociedade, à dignidade das pessoas, desta feita aquelas ocupantes do pólo passivo de um processo criminal originado de fontes que olvidam conquistas seculares.

Nada mais se poderia esperar, senão tal fracasso, de uma legislação, como tantas em nossa realidade, elaborada de forma açodada, motivada por episódios isolados e em meio a comoções públicas, conforme expõe João José Leal:

"A primeira observação crítica, que deve ser feita a essa norma repressiva, refere-se ao atropelo que, mais uma vez, marcou o processo de discussão e de votação de uma lei integrante desse subsistema punitivo marginal ao Código Penal. Embora existissem, há muito tempo, projetos em tramitação no Congresso Nacional, a verdade é que a Lei 9455/97 foi discutida sumariamente e votada de forma acelerada, sob o impacto emocional causado pelo episódio da Favela Naval, em Diadema, no qual policiais militares constrangeram, espancaram inúmeras pessoas, abusaram da autoridade e causaram a morte de uma delas, durante uma blitz policial. Amplamente noticiado pelos meios de comunicação de massa, o fato causou enorme repercussão em todo o país e acabou motivando os congressistas a agilizarem o processo legislativo que culminou com a aprovação dessa lei".

Em relação a este tópico, forçoso reconhecer que a insuficiência descritiva exibida no artigo 1º da Lei da Tortura não é superada nem pelo projeto original nem pelo substitutivo ofertado pelo relator.

O necessário ajuste à estrita legalidade penal

A despeito da dificuldade da tarefa, o parlamento brasileiro já foi capaz de elaborar normas incriminadoras para condutas complexas como a que caracteriza o crime de tortura. Referência há de ser efetuada não apenas na matéria codificada como é o caso do homicídio qualificado, em que se adotou a técnica de selecionar uma ou mais situações concretas, descrevê-las pormenorizadamente e, ao final, inserir uma fórmula genérica para determinar que situações análogas às discriminadas sejam consideradas como as concretas. Bem ao revés da utilizada na Lei da Tortura que adotou fórmula genérica desde o início da definição, capaz de criar situações que levam a sua inaplicabilidade, fomentam sua queda ao criticado círculo do chamado *direito penal simbólico*, que outra coisa não é senão a banalização do crime e decorrente pouca ou quase que nenhuma aplicabilidade, com prejuízo não apenas ao bem jurídico tutelado, mas à sociedade como um todo.

Não se pode olvidar o apuro técnico dispensado outrora pelo Poder Legislativo ao tratar de questão tão complexa quanto a presente, ao criminalizar conduta de maus tratos aos animais.

LAERTE FERNANDO LEVAI, em sua obra DIREITO DOS ANIMAIS, págs. 40-41, é enfático ao asseverar, a propósito do artigo 3º do antigo Decreto n. 24.645, de 10 de julho de 1934, que esse diploma *constitui - ainda hoje - um dos mais completos instrumentos jurídicos de defesa dos bichos*, descrevendo nos incisos trinta e uma condutas configuradoras de maus tratos contra animais.

Esse arcabouço normativo revelou-se tão hígido que até hoje tem serventia integradora de normas como a vetusta contravenção de crueldade contra animais (art. 64 da Lei de Contravenções Penais, Decreto-Lei 3688/41), transformada em crime por força do art. 32 da Lei Ambiental (Lei 9605/98).

Para efeitos da tipificação de tortura, em apreço à referida técnica da descrição pormenorizada de práticas consistentes em tortura, colhe-se o aporte do legista CARLOS DELMONTE, *in A PERÍCIA NA TORTURA*, Revista Justiça Penal 5/21, *apud* EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE, *ob. cit.*, que poderia preceder uma fórmula genérica, semelhante à utilizada na tipificação do crime de homicídio qualificado, como se observou acima. Eis, em textual a contribuição:

"1) pancadas, socos e golpes com objetos e sacos de areia, na cabeça, no dorso e genitais; 2) ameaças e humilhação; 3) aplicação de eletricidade em boca, orelhas, dorso, dedos, genitais, ânus e períneo; 4) venda nos olhos; 5) execução simulada; 6) testemunhar torturas; 7) asfixia por submersão ("submarino"); 8) isolamento por mais de 48 horas (confinamento); 9) restrição alimentar por mais de 48 horas; 10) restrição e impedimento de sono; 11) suspensão pelas mãos e pés em grandes dispositivos tipo roda ("bandeira") ou em paus-de-arara; 12) estupro e outras violências sexuais, incluindo mutilação genital; 13) suspensão ("crucificação"); 14) queimaduras com cigarros, óleos e objetos quentes e ácidos e similares; 15) pancadas nas solas dos pés com varas ou similares ("falanga"); 16) contenção com cordas ou similares; 17) golpes simultâneos nas orelhas ("telefone"); 18) posição ou atitude forçada por horas ou dias; 19) arremesso de fezes ou urina; 20) administração forçada de drogas ou fármacos; 21) tração nos cabelos; 22) aplicação subungueal de agulhas; 23) privação de água e oferecimento de água suja, com sal ou sabão; 24) extração forçada de dentes; 25) impedimentos ou embaraços à evacuação de fezes e de urina; 26) impedimentos de cuidados médicos; 27) espancamentos diversos".

Àqueles que se alinham à tese de que a tortura já se encontrava penalmente definida em nosso ordenamento, em decorrência da absorção dos tratados internacionais pelo direito doméstico, especialmente a Convenção da ONU sobre tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, de 10/12/84 (promulgada pelo D n.º 40 de 15/2/91), opinião majoritária à época da apreciação do referido HC 70389-5 SP, e para os quais o princípio da legalidade estrita se vê suprido, impende submeter outra indagação de igual quilate exegético: ao descrever tão apenas a discriminação *racial, étnica, sexual, ou racial, étnica, pela cor, religião, relativa à procedência nacional, pelo gênero ou em função de orientação sexual*, como consta, respectivamente do projeto original e do

substitutivo, não se estaria retirando abrangência às expressões “qualquer forma de discriminação” ou “discriminação de qualquer natureza”, constantes das Convenções ?

Entendo que sim, que a indicação eloquente, seja em relação à já constante do texto objeto de modificação, quanto aos acréscimos perfilados no projeto e no substitutivo, tanto mais em matéria penal, tem o efeito de limitar pela via ordinária o que não fez o constituinte originário, e o que não sugeremos textos convencionados. Ora, se na matriz está indicada a abrangência no sentido de ser “discriminação de qualquer natureza”, ou “qualquer forma de discriminação”, não há motivação jurídica razoável para que se estabeleça a discriminação relativa, por exemplo, à religião, à procedência nacional, a de orientação sexual ! Reitere-se o registro de que não se defende o preconceito ou a discriminação contra quem quer que seja. Mas, tome-se a *procedência nacional*, para efeito de raciocínio. Se já está abrangida na locução “*discriminação de qualquer natureza*”, necessidade não se vê de exaltá-la, como se houvesse um fim especial de criar-se uma casta que venha a gozar de tamanho privilégio que nem o brasileiro goza !

Reduzida aplicabilidade da Lei de Tortura

Especialistas da matéria¹⁴ identificam minguada aplicabilidade prática da própria lei sob enfoque, pela restrita abrangência das condutas elencadas como tortura. É nesse sentido que defendemos a descrição mais aguçada do tipo penal, como se mostrou em item precedente para justificar a necessidade de ajuste à taxatividade, como medida de segurança jurídica.

Embora exista uma lei que reprime infração tão degradante, certa é a constatação da sua ineficiência prática, seja pela deficiência descritiva, seja pela inadequação à realidade, o que contribui para o desuso da própria legislação em fomento do que a doutrina entende por *discurso jurídico-penal falso*¹⁵.

¹⁴ – Cleuton Barrachi SILVA, in POUCA APLICAÇÃO DA LEI N.º 9455/97 (LEI DA TORTURA), www.advogado.Adv.br/artigos/2003,cleutonbarrachisilva/leidetortura.htm.

¹⁵ – Eugênio Raúl ZAFFARONI, in EM BUSCA DAS PENAS PERDIDAS ‘A perda de legitimidade do sistema penal’ Ed. Revan, 5ª ed. 2001, pág 14,

Ausência de conveniência da alteração proposta

Sabem meus nobres pares que, nesta legislatura, tramita no Parlamento o PLS 236/2012 - o projeto do novo Código Penal. Uma admirável iniciativa renovadora, para adequação de reprimenda estatal a novas condutas que atingem bens jurídicos merecedores de proteção, inclusive com novas tipificações. Projeto este que teve iniciativa no Senado da República e, por força de processo legislativo específico, vem recebendo ampla divulgação e participação da sociedade civil organizada, a fim de melhor sistematizar a matéria e imputar penas em harmonia com o postulado constitucional da proporcionalidade e na conformidade da correspondente exigência do bem jurídico tutelado.

Nesta ordem de constatações, torna-se prudente aguardar sua análise pela Câmara e o regular desfecho de tão festejado diploma, com o que haverá superior acerto na comparação de penas atribuídas a condutas tipificadas de maneira singular, em que o bem jurídico protegido principal também figura, na condição de subalterno, no crime de tortura. Em outras palavras: existência de cenário mais seguro para comparar, v.g., pena que eventualmente se atribua na novel codificação à lesão corporal para agravá-la sobremaneira quando houver malferimento à integridade física em crime de tortura. Com este paradigma, a alteração da Lei da Tortura exurgirá madura, inclusive para sanar a sua insuficiência descritiva congênita.

Conclusão

Malgrado o bem jurídico tutelado no instituto da tortura autorize a criminalização de conduta já objeto de reprimenda em outro contexto, albergada em outra tipificação; a despeito da função sistematizadora do bem jurídico tutelado permitir edição – e por decorrência modificação, em diploma não codificado, nem o projeto nem o substitutivo vencem a eiva da insuficiência descritiva da conduta típica, malferindo o princípio constitucional da estrita legalidade penal (art. 5º, XXXIX, da Constituição da República). Ainda que assim não o entenda corrente teórica complacente com a

definição genérica de condutas caracterizadoras do crime de tortura, o ingresso de acréscimo proposto, tanto no projeto original quanto no substitutivo, poderá estimular a supervalorização de determinadas castas já abrangidas pela locução “*qualquer forma de discriminação*” constante da matriz que lhe daria sopro vital. Acréscimo que em nada contribuiria para o fim a que se propõe a legislação objeto de alteração, antes e ao revés, promoveria o discurso jurídico-penal falso que deve ser por todos combatido, em especial pelo legislador.

Por ora, iniciativa viabilizadora, com substituição de sua redação, que demandaria necessariamente – em atenção ao referido princípio da estrita legalidade penal – abrangência de todo o artigo 1º da lei *sub oculis*, com descrição pormenorizada de práticas consistentes em tortura coroada por uma fórmula genérica ao final, a exemplo do que ocorre em outros diplomas, torna-se, neste preciso momento, **inoportuna, carecedora de conveniência**, sob pena de sacrificar a função individualizadora do bem jurídico protegido no crime de tortura, critério utilizado para a definição segura da dosimetria legal da pena que, por determinação constitucional, deverá ser mais gravosa.

Pelas razões expendidas, voto pela rejeição tanto do projeto originário quanto do substitutivo, e peço aos ilustres integrantes desta CCJC o seu indispensável apoio.

Sala da Comissão, em 17 de julho de 2012.

Deputado MARCOS ROGÉRIO
PDT/RO