

O PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL E O CRIME DE TORTURA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

SYLVIA HELENA STEINER MALHEIROS

Recentemente, no julgamento do Habeas Corpus 70.389-5, debruçou-se o E. Supremo Tribunal Federal sobre a discussão acerca da tipificação de delito de tortura em nossa legislação. Versava a matéria sobre o reconhecimento da litispendência entre ações penais movidas contra policiais militares, denunciados, perante a Justiça Comum, pela prática de delito de tortura previsto no art. 233 da Lei 8.069/89 e, perante a Justiça Militar, pelo delito de lesões corporais, previsto no art. 209 do Código Penal Militar.

A questão fora submetida ao E. Superior Tribunal de Justiça, pelo Conflito de Competência 3.532-5, tendo por Relator o eminente Ministro Costa Lima, que ao final restou vencido, tendo aquela E. Corte decidido pela competência da Justiça Militar para processo e julgamento feito. No entanto, centrada a discussão sobre o objeto do recurso, qual seja, a competência jurisdicional, a matéria referente à efetiva tipificação do delito de tortura, tal com previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, não foi aprofundada.

Já na Suprema Corte, em voto memorável, o eminente Ministro Relator Sydnei Sanches enfrentou a questão, como verdadeiramente prejudicial à compreensão da matéria submetida a julgamento. E, tendo S. Exa. concluído pela inconstitucionalidade do dispositivo contido no art. 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente, acompanhado pelo

não menos ilustrado voto do eminente Ministro Marco Aurélio,¹ por não definir, referido dispositivo, o crime de tortura, suscitou discussões entre os profissionais das diversas áreas do Direito, e entre militantes das organizações de defesa dos direitos humanos. De outro lado, o voto vencedor do eminente Ministro Celso de Mello, acompanhado pelos não menos eminentes Ministros Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso e Francisco Resek, que entenderam suficiente a tipificação contida no citado art. do ECA, trouxe à baila a preocupação de penalistas de escol, que temem pela afronta ao princípio da reserva legal, instituído dentre as garantias absolutas de proteção das pessoas contra o arbítrio do Estado. Essa a discussão a que nos permitirmos adentrar, dentro dos limites estreitos do presente trabalho, sem a pretensão de darmos melhor tratamento à decisão referida.

A partir do século XVIII, na esteira dos acontecimentos políticos da época e da revolução iluminista, preocupada com a defesa dos indivíduos contra o arbítrio e os abusos cometidos pelos detentores do poder, e mais precisamente quando da promulgação da Declaração dos Direitos do Homem da Virgínia, em 1776, vimos dentre os princípios lançados a condenação das penas "cruéis

1. Comentado pelo Autor na Revista Brasileira de Ciências Criminais, Ed. RT, São Paulo, n.º 8, p. 93 e ss.

ou aberrantes”, e os rudimentos do que viríamos depois chamar de “due process of law”. Onze anos após, na primeira Constituição da nova nação, dedicou-se o art. VII à expressa proibição da aplicação de penas cruéis ou aberrantes. Na França, no mesmo período, foi proclamada a 1.^a Declaração dos Direitos do Homem, assinalando, em seus arts. 8.^o e 9.^o, que a lei somente deve estabelecer “penas estrita e devidamente necessárias”, e que o rigor no tratamento dos presos deve ser severamente reprimido. Os mesmos dispositivos foram inseridos na Constituição francesa de 1791.

Impregnada de tais princípios, a nossa Carta Constitucional do Império contemplou o princípio da legalidade das prisões (art. 179, 8.^o, 9.^o e 10) e a abolição dos “açóites, torturas, a marca de ferro quente e todas as demais penas cruéis” (19).

Já em nosso século, com o recrudescimento da prática de torturas e violências contra populações inteiras, proclamou a Carta das Nações Unidas como primeiro princípio o respeito à dignidade dos seres humanos. Nesse objetivo, uniram-se todas as vozes, apontando no sentido de que “para colocar os direitos do homem acima do Estado e garantir-lhes eficácia jurídica intangível, dois caminhos se apresentam, unicamente: proclamar sua natureza jurídica de Direito Natural, que por sua essência é supra estatal e intangível, ou internacionalizá-las, fazendo deles direitos positivos de caráter internacional”.² A Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada em 1948, foi geratriz de uma série de pactos e convenções que regulamentaram os direitos ali estabelecidos. Iniciou-se, assim, o reconhecimento da tortura como delito previsto no direito internacional posi-

vo, impondo-se aos Estados a obrigação de reprimi-la e de impor sanções aos violadores da norma.

Dentre os documentos internacionais que primeiro alinhavaram o princípio da abolição de qualquer forma de tortura, poderíamos citar a Convenção Européia de Direitos Humanos, promulgada aos 4 de novembro de 1950, o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, de dezembro de 1966, e a Convenção Americana de Direitos Humanos, promulgada em novembro de 1969. Esta última, conhecida como o Pacto de San José da Costa Rica, trouxe expresso o preceito segundo o qual “ninguém poder ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”.

No entanto, essas normas dos instrumentos gerais de proteção internacional, para maior eficácia, tiveram de encontrar guarita em instrumentos internacionais específicos, que, nos dizeres de Espiell,³ “dedicasse específica e particular atenção a essa prática, definindo-a, regulando a responsabilidade dos torturadores, estabelecendo a invalidez das declarações ou confissões extraídas mediante tortura, determinando os critérios relativos à competência e jurisdição...”, prosseguindo o Autor por afirmar que, após o primeiro passo — a tipificação de determinada conduta como crime — iniciar-se-á uma segunda e importante etapa: a jurisdição internacional para seu julgamento e sanção.

Com tal objetivo, iniciou-se o processo de edição de instrumentos específicos de proteção internacional contra a tortura e as penas ou tratamentos cruéis

2. José Soder, “Direitos do Homem”, Cia. Ed. Nacional, 1960, p. 114.

3. Hector Gross Espiell, “Curso de Derecho Internacional”, org. Comitê Jurídico Interamericano, n. XIV, 1988, pp. 225/226.

ou degradantes, que culminou com as Convenções da ONU, em 1984, e da OEA, em 1985.

A Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Desumanos, Cruéis ou Degradantes foi aprovada pela Assembléia Geral da ONU aos 10 de dezembro de 1984, entrando em vigor aos 26 de julho de 1987, quando depositado em Secretaria o 20.º Termo de Adesão. O Brasil firmou a Convenção em 23 de setembro de 1985, ratificando-a em 28 de setembro de 1989. A Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura foi aberta à assinatura em 9 de dezembro de 1985. Foi firmada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1986, e ratificada em 20 de julho de 1989. Ambos os textos convencionais foram incorporados ao direito positivo nacional, através, respectivamente, dos Decretos n.º 40, de 15 de fevereiro de 1991 e n.º 98.386, de 9 de novembro de 1989.

Vimos, portanto, que incorporaram-se à legislação pátria os textos convencionais que tratam da prevenção, repressão e punição da tortura. Despicienda aqui seria a discussão sobre a validade dessas normas perante o sistema jurídico de nosso Estado. A doutrina mais amplamente aceita entre os internacionalistas modernos, a chamada teoria monista internacionalista, pressupõe o primado das normas de direito internacional sobre as normas de direito interno. Já para o monismo nacionalista, a adoção dos preceitos de direito internacional depende da faculdade discricionária do Estado soberano, que adotará tais normas segundo sua própria sistemática. Dizemos despicienda a discussão tendo em vista que nosso País expressamente incorporou os textos convencionais ao direito positivo interno, como já dito acima. Logo, quer sob a ótica monística, quer sob a dos teóricos do dualismo, o certo é que nossa legislação interna incorporou os precei-

tos das duas convenções específicas sobre a tortura.

Seguindo nessa direção, cumpre verificar se, com tal incorporação das normas internacionais à nossa legislação, tipificado estaria o crime de tortura, para efeitos de persecução penal.

Ambos os textos convencionais definem a conduta incriminada.

A Convenção da ONU o faz nos seguintes termos:

“Para os efeitos desta Convenção, o termo tortura designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma 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 funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou dela decorram.

O presente art. não será interpretado de maneira a restringir qualquer instrumento internacional ou legislação nacional que contenha ou possa conter dispositivos de alcance mais amplo.” (art. 1.º)

O art. 2.º da Convenção Interamericana está assim redigido:

“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, como castigo pessoal, como medi-

da preventiva, como pena 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.

Não estarão compreendidas no conceito de tortura as penas ou sofrimentos físicos ou mentais que sejam unicamente consequência de medidas legais ou inerentes a elas, contanto que não incluam a realização dos atos ou aplicação dos métodos a que se refere este art..”

Antes de prosseguirmos, cabe aqui deixar, desde já, assinalado que ambas as Convenções (art. 4.º — ONU e art. 9.º — OEA) obrigam os Estados a introduzir na legislação interna normas de tipificação de tais delitos.

Iniciando a leitura do voto do eminente Ministro Sydnei Sanches, destacamos que S. Exa. se reporta ao art. 5.º, XXXIX, da Constituição Federal, para inferir que o delito de tortura não pode ser tido por tipificado na nossa legislação, sob pena de afronta ao princípio da reserva legal insculpido naquele dispositivo constitucional. Ilustra S. Ex.ª o magnífico voto trazendo a lição do renomado mestre Alberto Silva Franco, tirada de sua obra “Crimes Hediondos” (Ed. Revista dos Tribunais, 1992, pp. 51/52), lançada nos seguintes termos:

“A Constituição Federal inclui a prática da tortura entre os delitos inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia (art. 5.º, XLIII, da CF), deixando, à evidência, para a lei ordinária a definição de sua estrutura típica. A Lei 8.072/90 referiu-se, em seu art. 2.º, à tortura, mas não se preocupou em defini-la, de maneira que, em sua relação, o novo texto legal não possui nenhuma possibilidade operacional: constitui um total vazio. Não há equiparar a tortura, utilizada pelo agente

como meio para a concretização de um determinado fato criminoso, como delito autônomo de tortura.”

O eminente Min. Marco Aurélio, em sua declaração de voto, complementa: “... a simples menção à tortura, sem que se defina o comportamento suficiente a configurá-la, deixa ao sabor da capacidade até mesmo intuitiva daquele que exerce o ofício judicante o alcance da norma penal, a conclusão sobre a prática, ou não, do crime ao qual o contexto jurídico constitucional impõe consequências das mais gravosas, como são o afastamento da graça, do indulto e da anistia, da fiança, o elastecimento da prisão temporária e o cumprimento da pena, em sua integralidade, no regime fechado. A insegurança grassará e, o que é pior, o julgamento das ações penais correrá à conta da formação do julgador.”

Ambos os eminentes Magistrados trazem à luz, como exemplo da inexistência de norma tipificadora do delito de tortura em nossa legislação, os textos dos diversos Projetos de Lei que tramitam no Congresso Nacional, cada um deles com uma descrição dos elementos e circunstâncias definidoras da conduta que a norma pretende agasalhar. No projeto de Lei n.º 28, do Senado Federal, a exemplo, vemos entendida a tortura como “sofrimento físico, psíquico ou moral, com o propósito de castigo, vingança ou obtenção de confissão ou informação”. No Projeto de Lei n.º 837, da Câmara dos Deputados, o texto assim caminha: “Ofender a integridade física ou moral de outrem, com o intuito de obter informação, ou confissão dele ou de terceira pessoa, mesmo que tendente a caracterizar envolvimento do ofendido, ou de terceiro, em ilícito criminal; ou aplicar, na prisão cautelar ou na execução da pena, tratamento cruel, desumano ou degradante.” Tramitam, como já dito, seis diferentes projetos de lei

tipificadores da conduta criminosa, cada qual com sua redação, mais ou menos abrangente.

Conclui o nobre Magistrado afirmando que “a iniciativa quanto aos projetos tem uma razão de ser, ou seja, a necessidade de descrever-se o comportamento penalmente condenável, sob o nome jurídico de “tortura”, para que, com isso, tenha-se atendido o princípio da reserva legal”.

Já em seu voto vencedor, o Ministro Celso de Mello avança, ao entender que, no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, acha-se configurado na espécie, em todos os seus elementos essenciais, o delito de tortura contra criança e adolescente.

Segundo S. Ex.^a, “... o tipo penal em causa é passível de complementação, à semelhança do que ocorre com os tipos penais abertos, bastando, para esse efeito, que o aplicador da norma proceda à integração do preceito primário incriminador mediante a utilização dos meios postos à sua disposição.” Para tal fim, prossegue, “cumpre destacar a existência de diversos atos internacionais que, subscritos pelo Estado brasileiro, já se acham formalmente incorporados ao nosso sistema jurídico”. Portanto, reconhece o eminente Ministro a integração das definições de crime de tortura contidas nos textos internacionais ao tipo de crime descrito no art. 233 do ECA. Nessa mesma esteira caminharam vários penalistas, entre os quais Paulo Lucio Nogueira, para quem “a tortura não deixa de ser, assim, uma norma de definição em aberto a ser complementada pelo juiz no caso concreto, pois diversas são as formas de tortura, bem como diversos podem ser os seus resultados”.⁴

Cremos ser importante a afirmação trazida pelo preclaro julgador, para quem

“a simples referência à tortura (...) exterioriza um universo conceitual impregnado de noções com que o senso comum e o sentimento de decência das pessoas identificam as condutas aviltantes que traduzem, na concreção de sua prática, as múltiplas formas de execução desse gesto caracterizador de profunda insensibilidade moral daquele que se presta, com ele, a ofender a dignidade da pessoa humana.” É bem nessa linha de argumentação que avança o Sr. Ministro Sepúlveda Pertence, que aponta em seu voto a existência de numerosos tipos, no Direito Penal positivo, que se valem, para a definição da ação incriminada e de suas circunstâncias típicas, de “conceitos culturais, que permanecem compatíveis com a exigência da definição legal, se o seu núcleo significativo é suficientemente unívoco”. Esse o caso da figura típica da tortura que, ainda que não descritiva das diversas formas de comportamento possíveis para sua perpetração, observa o princípio da legalidade formal estrita, bastando ao julgador sua integração aos textos já incorporados ao direito positivo interno.

Esse, o momento de expressarmos nossa preocupação em relação aos entendimentos acima resumidos. E cinge-se essa preocupação ao sopesamento de dois direitos fundamentais absolutos garantidos constitucionalmente: o inscrito no inciso III do art. 5.º — ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante — e o inscrito no inciso XXXIX do mesmo art. — não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

E, em que pese a gravidade da conduta consistente na “negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete — enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva — um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivi-

4. “Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado”, Saraiva, 1991, pp. 303/4.

duo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento jurídico”, nas candentes palavras do Ministro Celso de Mello, tememos ver agasalhar-se, sob o manto do princípio constitucional da reserva legal, a tese de que o delito de tortura esteja tipificado na legislação ordinária interna, quer pela aplicação da conduta descrita nos textos convencionais, quer na inovadora figura do art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em relação aos textos convencionais, cujas normas são, sem sombra de dúvida, de aplicabilidade e eficácia imediatas, eis que inseridas no rol dos direitos e garantias individuais (art. 5.º, § 2.º da Constituição Federal), vemos o entendimento esposado pelos eminentes Ministros Sydnei Sanches, Marco Aurélio e Ilmar Galvão, de nossa Corte Superior, para quem as Convenções não pretenderam tipificar as condutas, tanto que previram a obrigação dos Estados em fazê-lo em suas legislações internas. Em relação à previsão contida no art. 233 do ECA, adotam o entendimento de que a norma não tem qualquer eficácia, pois não descreve a conduta que pretende incriminar.

Neste ponto, enfrentamos com preocupação o entendimento manifestado pelo eminente Ministro Francisco Resek, em declaração de voto proferida no julgamento do citado Habeas Corpus, na parte em que S. Ex.ª. entende estar perfeitamente enquadrada, *“à luz do senso comum”*, a situação típica prevista no art. 233 do ECA. Afirma S. Ex.ª. que *“... bem caracterizado aquilo que a doutrina já proporcionou ao entendimento do tipo tortura — e não exclui aquilo que poderíamos encontrar, ainda que a título único de doutrina, nos textos internacionais de que o Brasil é parte, e que integram assim a nossa ordem jurídica”*. O reconhecimento de conduta típica, penalmente relevante,

não poderia, a nosso ver, ser fruto de criação doutrinária, nem fruto do chamado senso comum. Ao contrário, pugnam os penalistas pelo aperfeiçoamento cada vez maior da técnica legislativa, afastando-se sempre que possível a incidência até dos chamados “tipos abertos”, das “cláusulas gerais”, dos “tipos indeterminados”, a fim de que pouco espaço reste à interpretação do julgador ou do intérprete. Tal rigidez é garantia do cidadão, que tem no princípio da legalidade a segurança contra a discricionariedade — ou mesmo a arbitrariedade do Estado julgador.

Igualmente, não nos alivia a imagem trazida pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence, para quem “como todo conceito cultural, esses, utilizados na definição de figuras criminais, possam ter sua *zona cinzenta*”, expressão essa traduzida como de *“situações fronteiriças”* pelo Ministro Resek em sua declaração de voto vencedor. Não fosse a indignação maior que causam os atos de tortura no espírito de todos nós, não poder-se-ia sequer admitir com argumentação a comparação entre diversas condutas de definição mais fluida nas nossas leis penais, como o jogo do bicho, ou a rixa, ou o rapto, e o delito de tortura, ao qual a Constituição Federal e as Leis Penais conferem consequências as mais gravosas, retirando aos seus autores garantias como a da individualização da pena, acesso aos benefícios da graça, anistia e indulto, a liberdade provisória, entre outras.

Não haveria no caso, com a devida vênia dos que entendem de forma diversa, como recorrer-se à analogia, ou à interpretação, quer pela utilização da definição trazida pelas Convenções, quer pelo recurso às figuras típicas assemelhadas contidas nos diversos diplomas legais.

Formalmente, delito é uma conduta contrária ao Direito, a que a lei atribui uma pena. Tiramos da lição de Manoel

Pedro Pimentel⁵ algumas das definições mais aceitas pela doutrina:

“Sob o aspecto formal, James Tubenchlak tratou do tema dizendo: Examinando-se o crime sob um ângulo estritamente técnico ou formal, em sua aparência mais evidente de oposição a uma norma jurídica, *tendo por decorrência a punibilidade*, várias definições podem ser lembradas: *toda a conduta que a lei proíbe sob a ameaça de uma pena* (Carmignani), *fato a que a lei relaciona a pena como consequência de Direito* (von Lizst), *toda ação legalmente punida* (Maggiore), *fato individual com que se infringe um preceito jurídico provido de sanção específica, que é a pena* (Manzini).”

Vê-se, portanto, que não basta ao aplicador da Lei entender por configurada conduta contrária à Lei, se esta não a define, em todos os seus contornos, e não impõe a sanção, tida por justa retribuição à ofensa perpetrada. Não se trata, como cuidou o eminente Ministro Carlos Velloso, de “formalismo excessivo, ou apego excessivo à letra fria da lei, exigir mais do que está posto na Convenção, que é direito interno.”

Na sempre preciosa lição do renomado penalista Francisco de Assis Toledo,⁶ “em razão do princípio, *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que entre nós é regra legislada (CF, art. 5.º, XXXIX; Código Penal, art. 1.º), só a lei federal pode criar tipos penais (CF, art. 22, I). Assim, um fato, por mais danoso que seja, não poderá jamais ser reputado crime antes de ser expressamente previsto em lei como tal. Essa previsão se faz por meio do tipo legal de crime.” Por outro lado, é cediço que, em face mesmo do princípio da reserva legal, não se admite o recurso à interpretação

extensiva, ou à analogia, para criar novas figuras de delitos ou estabelecer sanções. Na salutar lição de Basileu Garcia,⁷ “*não pode o intérprete, a pretexto de penetrar no significado da norma penal, dilatar-lhe o âmbito, a ponto de infringir o princípio da legalidade dos delitos e das penas, criando por analogia, para regular e punir determinado fato, um preceito que não o alcançava*”. Ainda do voto do Ministro Marco Aurélio extrai-se que o princípio da taxatividade deve presidir a formulação técnica da lei penal. E a Constituição Federal exige que a lei defina o crime. E aduz o I. Magistrado: “*A definição não se limita à simples referência ao nome jurídico de um certo acontecimento. É preciso que a lei contenha a descrição dos fatos que o revelam, sob pena de cair no vazio o citado princípio. Por isso mesmo, Mantovani, em ‘Diritto Penale Parte Generale’, Edição Cedam, Pádua, 1979, páginas 95 e seguintes, adverte que o legislador está compelido a proceder, quando elabora norma, de maneira precisa na determinação dos tipos legais, a fim de saber, taxativamente, o que é penalmente ilícito e o que é penalmente admitido.*”

Não há, pois, como afastar-se a relação direta entre o princípio da legalidade e o processo legislativo de tipificação, como bem assinala Alberto Silva Franco.⁸ Aliás, a eficácia do princípio depende da perfeita aplicação das técnicas legislativas de tipificação delitiva, já que a imperfeição, a ausência de conceitos específicos ou a indeterminação seriam a causa, segundo o Autor, da inoculação no sistema penal “do vírus destruidor do princípio da legalidade, anulando-se, por via de

5. “O Crime e a Pena na Atualidade”, Ed. RT, São Paulo, 1983.

6. “Princípios Básicos de Direito Penal”, Saraiva, 1991, p. 128 e ss.

7. “Instituições de Direito Penal”, Max Limonad, v. 1, t. 1, pp. 161/162.

8. “Temas de Direito Penal”, Saraiva, 1986, p. 2 e ss.

consequência, a função garantidora do tipo.” E o princípio da estrita legalidade, reafirma José Afonso da Silva,⁹ contém uma reserva absoluta, assecuratória da garantia individual prevista no art. 5.º, XXXIX, da Constituição Federal.

Vale trazer à colação a lição dos mais renomados juristas europeus, retirada do texto de Alberto Silva Franco, no texto acima citado:

“Sobre a matéria, Hans Welzel (Derecho Penal Alemán, parte general, p. 40) observa que ‘o verdadeiro perigo que ameaça o princípio nulla poena sine lege não decorre da analogia, mas sim de leis indeterminadas, (...) Não é diverso o entendimento de Johannes Wessels (Direito Penal, parte geral, pp. 11-2): ‘As leis penais devem acusar, tendo em vista seus tipos penais e consequências jurídicas, um mínimo de determinação (princípio da determinação). Na verdade, o emprego de cláusulas gerais e de conceitos carecedores de preenchimento valorativo não é admissível na legislação penal e, certamente, o alcance e o âmbito de aplicação dos tipos penais devem ser suficientemente reconhecíveis.’ (...) No mesmo sentido é o parecer de Claus Roxin (Iniciación al Derecho Penal de Hoy, pp. 112-3) ao enfatizar que os ‘tribunais alemães declararam nulos preceitos penais de conteúdo indeterminado, já que, de sua leitura, não se poderia deduzir quais as ações concretas que estavam proibidas.’ Isto significa que, na redação dos preceitos penais, se deve evitar o mais possível os conceitos gerais vagos (as chamadas cláusulas gerais) e descrever com precisão o comportamento proibido.”

Também menciona o Autor a doutrina francesa, quando se insurge contra os chamados “tipos abertos”. A exemplo, Roger Merle e André Vitu, para

quem “o princípio da legalidade impõe a promulgação de textos precisos definindo claramente as incriminações e indicando sem erro possível as penas aplicáveis”. Assim, a ausência ou deficiência na definição da conduta incriminada implicaria no desrespeito ao conteúdo *material* da legalidade, legalidade esta analisada sob o enfoque da proteção dos direitos fundamentais do ser humano, entre os quais tal princípio avulta.

A tortura é uma das afrontas mais intoleráveis aos direitos individuais num Estado democrático de direito. Como nas palavras candentes de Espiell:

“Ninguém pode duvidar no mundo atual que a tortura constitui uma das práticas mais desumanas, indignas e inadmissíveis. Torturar um ser humano, qualquer que seja a razão ou objetivo pelo qual se submete esse “tratamento”, e qualquer que seja a condição do torturado, seus antecedentes ou suas idéias, e haja ou não cometido atos ilícitos, penal ou moralmente repudiáveis, é algo intolerável para a consciência individual e coletiva de hoje. Ninguém e nada, em nenhuma situação ou circunstância, pode justificá-la”.¹⁰

Por outro lado, o elastecimento do princípio da reserva legal, nele vislumbrando-se a possibilidade de interpretação dos textos penais segundo processos de integração, de analogia, ou à luz do “senso comum”, nada mais traduziria senão o desrespeito ao conteúdo *material* da legalidade, legalidade essa cuja afronta fere, em igual medida e gravidade, direitos fundamentais absolutos. Seria, como no entender de Heleno Fragoso,¹¹ “um aspecto novo do velho princípio, que pode ser formalmente observado com a existência de lei pré-

10. Opus cit., p. 221.

11. “Lições de Direito Penal”, Nova Parte Geral, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1984, p. 96.

9. “Curso de Direito Constitucional Positivo”, Ed. Malheiros, 1995, p. 409.

via, mas violado na substância, com a indeterminação da conduta delituosa."

Ninguém pode duvidar dos riscos ao direito fundamental que todos temos de não sermos processados nem condenados senão por condutas previstas em lei se tolerarmos, por quaisquer motivos, que vigorem textos tipificadores de condutas penalmente relevantes como, a exemplo, os que prevêem penas de um a quatro anos de reclusão àqueles que *"incitarem à subversão da ordem política e social"*, ou *"à animosidade entre as Forças Armadas ou entre estas e as classes sociais ou as instituições civis"*, como previsto no art. 23, I e II da lei de Segurança Nacional. Ainda estão em nossa lembrança normas como a contida no Código Penal soviético de 1926, que previa como crime *"toda ação ou omissão dirigida contra a estrutura do Estado Soviético, ou que lese a ordem jurídica criada pelo regime dos trabalhadores e camponeses para a época de transição à organização social comunista."* Ou como a previsão do Código Penal do Reich, de 1935, que remetia o juiz ao uso da analogia para incriminar condutas, tendo em vista a *"sã cons-*

ciência popular" e auscultando *"o consenso geral, o sentir do povo"*, como exemplifica Basileu Garcia.¹²

As duas garantias fundamentais — a proteção contra a tortura e o princípio da reserva legal constitucionalmente positivadas, foram aparentemente postas em confronto nos votos proferidos pelos Magistrados da Suprema Corte. A inércia do Legislativo em trazer ao direito positivo interno as normas de tipificação do delito de tortura tem gerado, como consequência, a punição de atos de violência física e mental contra pessoas pelo *juízo de desvalor dos resultados* dessas condutas, como o seqüestro e cárcere privados, ou as lesões corporais, ao invés de prever tais delitos pelo *juízo de desvalor das condutas*. De outro lado, a posição assumida pelos votos vencedores poder ser precedente para a flexibilização do princípio da estrita reserva legal na tipificação de condutas penalmente relevantes. Essa aparente confrontação gerou as preocupações trazidas neste trabalho.

12. Op. cit., p. 144.