

CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS – CESREI

FACULDADE REINALDO RAMOS- FARR

CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

REGIVALDO GOMES PEREIRA

TORTURA COMO VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA:

ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS DA LEI DE TORTURA

Campina Grande – PB

2020

REGIVALDO GOMES PEREIRA

**TORTURA COMO VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA:
ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS DA LEI DE TORTURA**

Trabalho Monográfico apresentado à
Coordenação do Curso de Direito da
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR,
como requisito parcial para a obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Orientador (a): Prof. Felipe Augusto de
Melo e Torres.

Campina Grande – PB

2020

-
- P436t Pereira, Regivaldo Gomes.
Tortura como violação à dignidade da pessoa humana: aspectos materiais e processuais da lei de tortura / Regivaldo Gomes Pereira. – Campina Grande, 2020.
53 f.
- Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Reinaldo Ramos-FAAR, Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI, 2020.
"Orientação: Prof. Esp. Felipe Augusto de Melo e Torres".
1. Dignidade da Pessoa Humana. 2. Lei de Tortura - Aspectos Materiais e Processuais. I. Torres, Felipe Augusto de Melo e. II. Título.

CDU 342.722(043)

REGIVALDO GOMES PEREIRA

**TORTURA COMO VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: ASPECTOS
MATERIAIS E PROCESSUAIS DA LEI DE TORTURA**

Aprovada em: _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Titulação – Felipe Augusto de Melo e Torres
Faculdade Reinaldo Ramos- FARR
Orientador(a)

Titulação – Vinicius Lucio de Andrade
Faculdade Reinaldo Ramos- FARR
1º Examinador(a)

Titulação – André Gustavo Santos Lima Carvalho
Faculdade Reinaldo Ramos- FARR
2º Examinador(a)

Dedico este trabalho a pessoas muito importantes pra mim: À minha esposa Marilda, pois é a pessoa que mais torce e acredita em mim, e desde o princípio me ajudou, sempre me mostrando que nada é impossível.

Aos meus filhos Renaly e Thiago que sempre me deram apoio e acreditaram que eu era capaz. À minha sogra Creoci, outra grande incentivadora. Obrigada a todos pelo apoio incondicional!

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, ao único que é digno de toda honra, toda glória e todo poder. A Jesus Cristo, que morreu por mim e por você, mas que ao terceiro dia ressuscitou. A minha oração é que sejamos tal como o apóstolo Paulo que, ao final de sua vida, disse que havia combatido o bom combate, completado a carreira e, o mais importante, guardado a fé (2 Timóteo Cap. 4: 7), pois que, "sem fé, é impossível agradar a Deus" (Hebreus I , Cap. 1 1:6).

Aos meus mestres por todos os ensinamentos e experiências que me passaram desde o início do Curso. Toda minha gratidão e carinho a cada um deles.

Ao meu orientador Felipe Torres, pois não mediu esforços para me orientar na produção deste trabalho, sempre me atendendo com muita gentileza e educação.

A um casal que foi essencial na concretização do meu sonho: Antônio e Eni, toda minha gratidão e respeito a eles! Enfim, agradeço a todos que torceram e acreditaram em mim.

RESUMO

A última tentativa do Estado Brasileiro de estabelecer a ordem social em relação à prática da tortura foi através do Direito Penal, com a Lei nº 9.455 de sete de abril de 1997. Sendo assim, o presente trabalho está dividido em três capítulos: no primeiro capítulo breve histórico da tortura; no segundo capítulo serão apresentadas as Convenções Internacionais que repudiam e reprimem a tortura, do qual o Brasil é signatário, e por último no capítulo três explora-se o conceito, tipologia e os aspectos materiais e processuais da Lei nº 9.455/97. Este trabalho está fundamentado nas principais doutrinas brasileiras que tratam do tema, na Constituição Federal de 1988, na legislação penal especial e nas decisões dos tribunais. A Metodologia utilizada é de pesquisa que possui caráter qualitativo, a partir da técnica de pesquisa bibliográfica visto que adveio da exploração da legislação vigente, livros, artigos, sites, tendo em relação aos fins, caráter sociojurídico. O presente trabalho objetivou, portanto, proporcionar maior familiaridade da sociedade com o tema, especialmente aos futuros juristas, tornando-o mais compreensível e acessível. O trabalho realizado investigou a tortura na perspectiva da historiografia do Direito, através dos instrumentos internacionais que protegem a pessoa humana em face da tortura, deixando bem claro que isso não é algo recente e que a sociedade até hoje, acaba por aceitar na proporcionalidade esse delito. E finalmente, a abordagem desse trabalho teve como objetivo primordial demonstrar a importância de ser discutida a Lei nº 9.455/97 frente à realidade jurídica e social do Brasil, mostrando, ainda, que a norma referida não é suficientemente clara na sua interpretação, resultando em algumas dúvidas e divergências em relação a esta lei de tortura.

Palavras-chave: Dignidade da Pessoa. Lei de Tortura. Aspectos Materiais e Processuais.

ABSTRACT

The last attempt by the Brazilian State to establish the social order in relation to the practice of torture was through Criminal Law, with Law No. 9,455 of April 7, 1997. Therefore, the present work is divided into three chapters: in the first chapter brief history of torture; in the second chapter will be presented the International Conventions that repudiate and repress torture, of which Brazil is a signatory, and finally in chapter three, the concept, typology and the material and procedural aspects of Law 9455/97 are explored. This work is based on the main Brazilian doctrines that deal with the topic, the Federal Constitution of 1988, the special penal legislation and the decisions of the courts. The Methodology used is a research that has a qualitative character, based on the technique of bibliographic research since it came from the exploration of the current legislation, books, articles, websites, regarding the ends, socio-legal character. The present work aimed, therefore, to provide greater familiarity of society with the topic, especially to future lawyers, making it more understandable and accessible. The work carried out investigated torture from the perspective of the historiography of law, through international instruments that protect the human person in the face of torture, making it clear that this is not something recent and that society until today, ends up accepting this crime in proportionality. . And finally, the approach of this work had as main objective to demonstrate the importance of discussing Law 9455/97 in face of the legal and social reality of Brazil, showing, still, that the referred norm is not sufficiently clear in its interpretation, resulting in some doubts and differences regarding this torture law.

Keywords: Dignity of the Person. Torture Law. Material and Procedural Aspects.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 A TORTURA COMO PRÁTICA HISTÓRICA	11
1.1 A TORTURA NO PERÍODO DA IDADE MÉDIA.....	12
1.2 A TORTURA NO PERÍODO DA SANTA INQUISIÇÃO.....	13
1.3 A TORTURA NO PERÍODO DA IDADE MODERNA	14
1.4 A TORTURA NO PERÍODO ILUMINISTA - SÉCULO DAS LUZES	15
1.5 A TORTURA PRATICADA CONTRA ESCRAVOS NO BRASIL.....	17
1.6 A TORTURA NO PERÍODO DA DITADURA MILITAR BRASILEIRA (1964 - 1985).....	18
2 INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO CONTRA A TORTURA .	21
2.1 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS	21
2.2 CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	23
2.3 PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS	25
2.4 CONVENÇÃO CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES	26
3 ASPECTOS CONCEITUAIS, MATERIAIS E PROCESSUAIS DA LEI DE TORTURA	30
3.1 ASPECTOS CONCEITUAIS DA TORTURA	31
3.2 TIPOLOGIA.....	34
3.2.1 Tortura Física	35
3.2.2 Tortura Psicológica	36
3.3 ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS DA LEI Nº 9.455/97	37
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS	54

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como escopo principal, estudar a prática de tortura como violação à dignidade da pessoa humana, seu surgimento, as formas empregadas e a verificação da eficácia de aplicação da Lei de Tortura e os Direitos Humanos, descrevendo desde a idade média até o período da ditadura militar.

O Objetivo do estudo é investigar o crime de tortura, como atentado ao princípio da dignidade, elaborando um traçado detalhado do assunto, por intermédio de análise doutrinária dos precedentes históricos, através de pesquisa bibliográfica enfatizando os direitos humanos fundamentais.

Direitos estes estabelecidos, como princípio normativo fundamental como Estado Democrático de Direito, desde a Constituição Federal de 1998 estabeleceu um título próprio que se destina aos princípios fundamentais.

O Assunto abordado, também visa contribuir para a reflexão sobre a Tortura como forma de violar a dignidade da pessoa humana, identificando os direitos humanos fundamentais previstos na legislação maior do País e que também são previstos na de Direitos Humanos.

De acordo com o estudo feito verificou-se que a redação da lei em discussão merece análise, para que haja compreensão da sua aplicabilidade, pois ainda há divergência doutrinária e jurisprudencial quanto aos aspectos processuais do crime.

Para tanto, principia-se no capítulo 1 os aspectos históricos da lei e da tortura, onde a tortura era vista como meio de “buscar a verdade”, a qualquer custo, e em diversos momentos essa prática tornou-se em algo comum na sociedade.

Portanto, neste estudo será abordado o aspecto histórico, destacando-se desde a idade média até o período da ditadura militar, traçando um panorama geral dos direitos humanos.

No Capítulo 2 foram apresentadas as Convenções Internacionais que repudiam e reprimem a tortura, enfatizando a importância da Declaração dos Direitos Humanos da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, que ressalta o direito à vida, uma vez que essa Convenção trouxe consigo uma esperança para todos, onde os direitos humanos devem ser resguardados com prioridade. Outro ponto abordado é em relação a Convenção contra a Tortura, a qual estabelece que os Estados adotem medidas cabíveis no sentido de impedir essas práticas

delituosas, garantindo, que de forma nenhuma as pessoas sejam submetidas a atos cruéis, degradantes ou desumanos.

O Capítulo 3 explora o conceito, tipologia, aspectos conceituais, materiais e processuais da Lei de Tortura, demonstrando que a tortura consiste em método de submissão de uma pessoa a sofrimento brutal, seja mental ou físico, para que possa obter de alguma forma qualquer tipo de castigo por qualquer razão. E também a tipologia da Tortura, definindo-a nas modalidades físicas e psicológicas. Abordou-se também os aspectos materiais e processuais da Lei nº 9.455/97, que trata de crimes hediondos e equiparados fazendo, um paralelo com a Lei de Tortura.

Quanto a metodologia empregada no trabalho, registra-se que baseou-se em uma pesquisa bibliográfica qualitativa, tendo como objetivo conhecer as diferentes contribuições científicas e literárias sobre o assunto abordado, a partir de conceitos e conhecimentos que serviram de embasamento para a construção do referencial analítico.

O Presente estudo justifica-se pelo reconhecimento e o respeito à dignidade inerente a todo ser humano e aos seus direitos iguais e inalienáveis que constitui fundamento da liberdade e da justiça em todo o mundo.

1 A TORTURA COMO PRÁTICA HISTÓRICA

A história narra em diversos momentos que a prática da violência¹ transformou-se em coisa comum na sociedade. Diversos foram os momentos que a violência, muitas vezes legitimada em guerras e conflitos armados, fez com que a força prevalecesse sobre a razão e o sentimento de humanidade que deveria unir os povos.

E em muitas ocasiões a prática de violência esteve ligada ao sistema penal que regula a sociedade.

A tortura nem sempre foi vista como prática ilegal perante a sociedade e os sistemas normativos. Historicamente, a tortura se constituiu meio de prova.

De acordo com Mattoso (1986) a tortura pode ser dividida em três fases. A primeira fase é a das atrocidades tribais cometidas na barbárie pré-clássica. A segunda consiste na tortura institucionalizada nas tiranias e impérios antigos, medievais e modernos. A terceira é a tortura, geralmente clandestina, das Repúblicas e Ditaduras contemporâneas.

Na primeira fase, a tortura era exercida como ritual de passagem da vida infantil para a vida adulta, iniciação à religião, ou vingança contra inimigos capturados. Portanto, o guerreiro tinha que aguentar o sofrimento, sem gritar, sem implorar perdão, e assim, os torturadores aplicavam de forma mais dolorosa os rituais de tortura, a fim de a vítima não resistir. Como iniciação de um guerreiro em tribo, diversas vezes acabava com o resultado da morte do candidato.

A segunda fase foi a instituição da tortura com a Santa Inquisição. O termo *inquisitio*, significa inquérito, investigação ou interrogatório e se tomou algo comum nos Tribunais do Santo Ofício. Assim, a tortura era usada como meio de intimidação.

A tortura não era monopólio da Igreja pois, na Idade Média, os Estados europeus utilizavam torturas probatórias e punitivas. A Igreja reprovou a tortura feita nos tribunais civis e exigiu a imunidade do clero aos suplícios judiciários.

Na terceira fase, no século XX, houve a extinção “formal” da tortura, ocorrendo sua prática de forma extraoficial e clandestina. Na atualidade, constata-se a grande influência das teorias de Beccaria nas legislações atuais, apesar da tortura

¹ De acordo com o Dicionário Houaiss 2004 da Língua Portuguesa, **VIOLÊNCIA** significa: 1- uso de força física; 2 - ação de intimidar alguém moralmente ou o seu efeito; 3 - ação, Pq. Freq. Destrutiva, exercida com ímpeto, força (a v. *da tempestade*).

ainda sobreviver, principalmente nos países subdesenvolvidos.

1.1 A TORTURA NO PERÍODO DA IDADE MÉDIA

Após a queda do Império Romano e a invasão da Europa pelos bárbaros², se inicia o período histórico denominado de Idade Média.

A tortura neste período se direcionou mais aos Tribunais Eclesiásticos da Inquisição entre de 1200 a 1800 d.C., sua prática era comum, pois existia a crença de que a confissão era a única prova considerada como meio de comprovação do fato real. A tortura era instrumento processual, não se vinculando a pena aplicada ao suposto criminoso. (PIOVESAN,2019).

Além de instrumento processual, a prática da tortura estava agregada à religião, pois no Medievo todos eram seguidores do cristianismo e a Igreja era comparada ao Estado, por diversas vezes seu poder superando o poder estatal.

Os tribunais da Santa Inquisição não respeitavam ordem jurídica estatal e seus processos não seguiam as formalidades do Direito temporal, possuindo algumas características peculiares à época, tais como: estímulo à delação que formalizada a peça acusatória. A denúncia oral era feita contra as mãos sobre o evangelho, como forma de juramento. Logo após, o inquisidor tramitava o processo, mantendo oculta a figura do denunciante.

A obra de mais destaque sobre a tortura é “O Manual dos Inquisidores” de Nicolau Emérico. Esta obra tem a seguinte finalidade sobre o suplício: “[...] aplicar-se-lhe-á a tortura, a fim de lhe poder tirar da boca toda a verdade”. (EMÉRICO apud ROZA, 2008, p.3) e logo após complementa “[...] tortura-se o acusado, com o fim de o fazer confessar seus crimes”. (EMÉRICO apud ROZA, 2008, p.3). Neste período a confissão tornou-se a regina probarum (rainha das provas), podendo ser buscada, a qualquer custo praticamente.

É de total importância lembrar que a tripartição dos Poderes do Estado só ocorre no século XVIII, com a influência de Montesquieu. A separação propiciou a libertação da Justiça, como instituição, ascendendo a sua imparcialidade e equilíbrio.

Na época não se admitia a presença de um advogado ou defensor, devendo o réu se defender sozinho. Não só as acusações eram secretas, como todos os atos

² Denominação que os romanos davam aos que viviam fora das fronteiras do Império Romano e não falavam o latim.

processuais, com a prisão do acusado durante todo o trâmite processual. Porém, a execução tinha que ser pública, para servir de exemplo aos demais.

Se fosse reconhecida a culpa do acusado, normalmente, as sanções aplicadas eram apenas de natureza patrimonial; se o réu fosse nobre ou de alta classe social, era permitido indicar algum subordinado para que participasse dessas provas.

Aos nobres poucas vezes era aplicada a tortura. Assim, a maneira de cumprimento da pena era diferente de acordo com a classe social do réu. Na própria pena de morte percebia-se essa distinção: para os nobres consistia na decapitação, já os plebeus eram submetidos à força³. (BECCARIA,2004).

1.2 A TORTURA NO PERÍODO DA SANTA INQUISIÇÃO

O Tribunal do Santo Ofício da Inquisição iniciou-se no século XII e sobreviveu, oficialmente, até o século XIX, superou as fronteiras da Idade Média e do Renascimento chegando até a Idade Contemporânea.

O Santo Ofício — outro nome dado à Inquisição, nunca foi um tribunal meramente de poder eclesiástico, pois sempre teve a participação do poder régio, uma vez que na Antiguidade e na Idade Média os assuntos religiosos eram de interesse do Estado. Desta forma, quanto mais tempo passava, mais o poder régio contribuía com o tribunal da Inquisição, servindo-se da religião para fins políticos.

Tal instituição tinha a função de combate e de investigar as heresias, estabelecendo as punições que seriam infringidas aos hereges. Assim, as causas de heresia eram entregues aos Tribunais de Inquisição, onde os inquisidores, geralmente, davam um prazo de um mês para os suspeitos se retratarem ou para que justificassem os atos atribuídos a eles. Se eles se retratassem, receberiam pena leve, porém no prazo de um mês os suspeitos eram julgados e bastavam duas testemunhas para serem denunciados.

Os inquisidores faziam de tudo para que os suspeitos confessassem as acusações que lhes eram direcionadas. Caso isso não fosse feito, seriam torturados ou queimados vivos na maioria das situações.

³ A decapitação por espada era uma técnica mais apurada e suave que outros métodos, causando menor sofrimento, portanto, reservada aos nobres. Já a força causava imenso sofrimento, sendo um método bastante aplicado aos plebeus.

A Inquisição semeou terror ao adotar como método de busca da “verdade”, o medo, impondo ao povo a sua ordem, que não aceitava divergências, nem sequer hesitações. Do mesmo modo, por trás dela, o que se encontrava era um clero corrupto, apenas objetivando poder político e de riqueza material.⁴

Em 1376, Nicolau Eymerich elaborou o Manual dos Inquisidores o qual determinava que a tortura só poderia ser aplicada se houvesse acordo entre o inquisidor e o bispo. Os meios empregados deveriam ser moderados para que o acusado saísse, em mínimas condições, para ser libertado ou executado. É importante salientar que não deviam ser torturados os menores de quatorze anos, os velhos e as mulheres grávidas.

As leis se limitavam a ordenar ou permitir a tortura, fixando algumas regras gerais para o seu uso, mas não especificavam no que ela poderia consistir. Como afirma Gonzaga (1993, p.33): “[...] a forma e os meios a serem empregados pare produzir a dor seriam aqueles que os costumes indicassem, ou que fossem por executores imaginosos. Facilmente, pois, ocorriam excessos”.

O posicionamento da Igreja Católica só começou a mudar pela interpretação de alguns textos, como os textos de autoria de Santo Agostinho⁵, assim surgem, então, a noção de caráter medicinal da pena, e não apenas de caráter vindicativo. (BIAZEVIC, 2004).

A Inquisição pode ser comparada à política nos dias atuais, que desperta antipatia ou respeito. Assim, parcela da sociedade concordava com os métodos aplicados, outra parcela não discordava dessas práticas, mas não se opunha ao regime da Inquisição. Dessa forma, o próprio povo se transformava na fonte legitimadora do uso da violência.

1.3 A TORTURA NO PERÍODO DA IDADE MODERNA

Segundo Coimbra (2012), até o século XIV, a tortura era instrumento processual regido por garantias legais, obtendo maior repercussão no século XV, nos governos absolutistas. Foi nesse período que a tortura foi instituída como uma

⁴ A Inquisição não era somente um Tribunal Eclesiástico, era aliado às classes políticas da época. Assim, de acordo com as sanções aplicadas rendiam aos Tribunais, poder e riqueza, pois os bens dos criminosos eram confiscados.

⁵ Santo Agostinho repudiou a prática da tortura, pois se tratava de uma pena imposta a quem não se sabia ainda ser culpado.

necessidade para investigar e garantir a segurança do próprio Estado.

O processo inquisitivo, nesse período, desenvolveu-se de forma mais impositivo aos direitos do acusado, de modo que os atos do processo eram realizados de tal forma que o indivíduo não tivesse conhecimento da acusação.

Nessa época, o procedimento criminal ao procurar elucidar os fatos transformava-se em meio de abuso e insegurança jurídica, visto que, apurada a culpa do delito, não eram necessárias provas legítimas, pois a própria tortura seria responsável para materializar as provas de que o processo precisaria.

Dessa maneira, muitas pessoas foram responsabilizadas por diversos crimes, muitas vezes sem indício algum de autoria, ou então, por pequenos indícios que poderiam ser sanados através de uma investigação ou instrução criminal.

Mas, em meio a todos esses ritos processuais, a tortura obteve destaque em muitos países, de tal forma que o que denominamos 'processo legal' se resumia a uma série de procedimentos que maculavam o que modernamente é a base principiológica do processo, qual seja, a ampla defesa e contraditório. (COIMBRA, 2012).

Dessa forma, a Alemanha, Espanha, França, Portugal e vários outros países de tradição absolutista na Idade Moderna tiveram enorme destaque quando o assunto se referia à prática da tortura, exercendo os seus poderes sobre os cidadãos e fazendo o seu julgamento baseado nessas confissões e práticas ilegítimas.

Diante de que já foi exposto em relação à tortura, que até o século XIV, era enfocada como instrumento processual, sobre a qual gravitavam garantias legais, reapareceu do século XV, notadamente nos governos absolutistas, onde a finalidade dos tormentos passou a visar precipuamente à segurança do estado, diminuindo ainda mais as poucas garantias ofertadas aos cidadãos. (COIMBRA, 2012).

1.4 A TORTURA NO PERÍODO ILUMINISTA - SÉCULO DAS LUZES

O Iluminismo teve origem na Inglaterra no século XVII. Sua ideologia se referia à liberdade de expressão e ao desenvolvimento do pensamento da sociedade. Sem controle ou qualquer dependência da Igreja Católica, a razão seria o paradigma da existência humana, através da máxima decartiana, *penso logo existo*.

Nesse período, o desenvolvimento intelectual originou ideias de liberdade

política, religiosa e econômica. Por isso, os propagadores dessas ideias eram chamados de Iluministas, pois eram intelectuais que tinham o propósito de iluminar a sociedade, para libertá-la do período das trevas em que, ainda, se encontrava — o Medievo.

No século XVIII, o jurista e filósofo Cesare Beccaria, por influência iluminista, começou a questionar a prática da tortura nos procedimentos investigatórios, nos processos secretos e o meio de confissão ou constituição de prova que era utilizado.

Beccaria (2004) defendia os princípios da igualdade sobre a lei, procurando igualdade entre os infratores que cometiam o mesmo delito, e o princípio da proporcionalidade, entre o delito e a pena.

Desta forma, houve grande contribuição social para a humanidade, em relação aos valores da época, e as injustiças que vinham sendo cometidas. Assim passaram a valorizar e garantir os, ainda tímidos, direitos individuais, repudiando práticas de tortura, pena de morte e garantindo a aplicação correta da pena ao delito cometido.

Desde a Idade Média, muitas pessoas foram acusadas de bruxaria, acusações estas que consistiam em vender a própria alma ao diabo, em troca de poderes sobrenaturais. A ignorância⁶ e superstições contribuíram muito para que muitas pessoas fossem julgadas e expostas aos meios tortuosos.

Os processos que eram abertos tinham como objetivo confirmar algo que os acusadores já tinham como certo. Desta maneira, através da tortura e da prova ilegítima produzida pelos acusadores se obtinha qualquer resultado pretendido, atribuindo culpa a qualquer desafortunado.

Durante esse período aconteceu um questionamento por parte dos Iluministas os quais não acreditaram que existia a tortura e também discordavam totalmente da sua aplicação como meio para obter a verdade processual, visto que prática somente era realizada em algumas camadas sociais, excluindo diversas pessoas que faziam parte da nobreza.

A Suécia foi o primeiro país a abolir parcialmente a tortura, no ano de 1734, autorizando tão somente essa prática em crimes mais graves e nos de grande repercussão, mas posteriormente a proibiu completamente no ano de 1776.

⁶ O termo empregado no texto, tem o sentido de falta de conhecimento, de ciência, saber ou instrução.

Na Itália, a tortura foi proibida em 1783, seguida da Áustria, em 1787 e, posteriormente, da Hungria, Boemia e de Tirol, no ano de 1776.

1.5 A TORTURA PRATICADA CONTRA ESCRAVOS NO BRASIL

Com o descobrimento do Brasil e a instalação dos portugueses para povoar o território brasileiro, o governo português permitiu a escravização dos índios para desempenhar tarefas que os nobres não desempenhavam, mas estes traziam muitos problemas em relação à mão de obra, e não poderiam sofrer opressão, pois recebiam proteção da igreja católica. Assim, a Coroa Portuguesa passou a incentivar o tráfico de escravos no Brasil-colônia.

Alguns comerciantes iam ao Continente Africano e lá trocaram negros escravizados por armas, bebidas, tecidos as tribos rivais, e posteriormente esses negros eram trazidos para o Brasil.

Na viagem da África para o Brasil os negros prisioneiros já sofriam a prática de tortura, pois as condições de viagem eram muito precárias.⁷

Na época colonial, a sociedade do Brasil era extremamente escravista a ponto dos negros não serem considerados seres humanos, e receberem classificação jurídica de “coisa”, fato, absolutamente, natural para a época.

Com a chegada dos negros ao Brasil, eles eram vendidos para serem utilizados em regime de escravidão, para realizarem as mais variadas atividades, desde a lavoura, pecuária, até a cozinha e desejos sexuais dos seus senhores.

Trabalhos exercidos com muita dureza, e por muitas vezes em horas ininterruptas, portanto, aquele que rejeitasse o trabalho ou não resistisse ao cansaço, receberia uma punição, podendo ficar amarrado por alguns dias até ficar sem comida por um longo período.

Os que tentavam fugir para procurar os quilombos como abrigo e eram capturados posteriormente recebiam muitos castigos físicos e a marca “F” era aferida em seu corpo, com ferro em brasa, para significar o escravo fugitivo.

Desta forma, a tortura aos escravos era objeto da permissão do direito, no exercício do direito de propriedade do senhor para com seu escravo.

⁷ Essas pessoas vinham nos porões de navios, sem nenhuma condição de higiene, acorrentados uns aos outros, e a maioria seguia a viagem sem alimentação alguma, fato que diversas vezes levava a morte de muitos prisioneiros.

Não esquecendo, que o Brasil possui um longo contexto histórico de práticas de tortura, começando pela colonização portuguesa no século XVI, na tentativa de capturar e escravizar os indígenas para o aproveitamento como mão de obra, sendo dizimadas várias tribos em todo território por não aceitar ficar submissa ao poder e humilhação de um povo invasor. (BIERRENBACH & LIMA, 2006).

1. 6 A TORTURA NO PERÍODO DA DITADURA MILITAR BRASILEIRA (1964 - 1985)

O século XX ficou marcado pela presença de regimes totalitários. O Brasil viveu essa época dividida em dois momentos: o do Estado Novo (1937 - 1945) e do Regime Militar (1964 - 1985).

Esses períodos testemunharam as maiores ilegalidades cometidas contra as pessoas que se negavam a seguir o regime. Nessa época, houve o desaparecimento e exílio de diversos políticos, jornalistas e estudantes que foram perseguidos pelo regime ditatorial.

Nesses governos instituídos, muitas pessoas morreram, desapareceram durante conflitos com a polícia, ou eram raptadas. Diante desses fatores, nas certidões de óbitos geralmente se indicava, como causa morte, suicídio, afogamento, e outras causas não relacionadas à agressão.

Supostamente, o regime procurava defender o Brasil dos comunistas, que eram vistos à época como terroristas. Assim, a tortura e as mortes desses agentes foram executadas sem o menor constrangimento pelo próprio Estado.

As pessoas que não seguiam os princípios da ditadura militar eram incluídas, nos grupos dos comunistas. Portanto, eram vistos como inimigos internos do Brasil, tornando-se os principais alvos de tortura.

No período da Ditadura militar vigeu o AI-1⁸, que detinha poderes de alteração na Constituição. Ele legalizou o governo, estabelecendo sessenta dias para o fim do regime de exceção, autorizou o regime militar o direito de cassar mandatos e suspender direitos políticos por dez anos, e dando plenos poderes ao presidente da República.

No ano de 1965 foi editado o AI-2⁹ que estabeleceu as eleições para presidente de forma indireta e sem o preceito para reeleição. Para assegurar a maioria

⁸ Ato Constitucional n.º. 1

⁹ Ato Constitucional n.º. 2

no Supremo Tribunal Federal, através do AI-2, aumentou em cinco o número de ministros, totalizando dezesseis ministros.

Em 1966, o regime militar estabeleceu outro Ato Constitucional, denominado de AI-3¹⁰, definindo as eleições indiretas, também, para os governos estaduais, com votação definida nas Assembleias Legislativas dos Estados. Consequente, se definiu que os prefeitos das capitais brasileiras, seriam nomeados por seus respectivos governadores do estado.

No período compreendido entre 1969 e 1974, a perseguição aos grupos contrários teve seu ápice, pois legitimados por atos institucionais, foram criados órgãos de investigação para controle da população, com destaque para o SNI¹¹, que coordenou por todo Brasil atividades de informação, com a finalidade de assegurar os conceitos estabelecidos pela ditadura, investigando diversas lideranças sindicais, estudantis e políticas.

Vários outros órgãos foram criados e estiveram subordinados ao SNI, como: CIEX (Centro de Informações do Exército), CENIMAR (Centro de Informações da Marinha), CISA (Centro de Informações da Aeronáutica), DOPS (Departamento de Ordem Política e Social), Oban (Operação Bandeirantes). Todos esses órgãos eram criados, mas perdiam suas funções reais. Assim, transformavam-se em instrumentos de repressão e institucionalizavam a tortura sobre as pessoas que contrariavam o regime militar.

A influência desse poder militar era muito grande. Empresas como a: General Motores, Ford, Ultragás e várias outras financiavam alguns destes órgãos, procurando se aliar ao poder político e conseguir seus interesses empresariais.

O segundo presidente empossado pelo golpe militar de 1964, Marechal Costa e Silva, fechou o Congresso Nacional decretando o “AI-5”¹² que, entre outros poderes estabelecidos, proibiu o direito de conceder habeas corpus aos presos políticos, legalizando a tortura.

Posteriormente, também se estabeleceu a pena de morte, a prisão perpétua e o banimento do país aos comunistas, que eram considerados pessoas que atentavam contra a Lei de Segurança Nacional.

Diversos são os relatos da história, que demonstram as atrocidades cometidas nesse regime político. Entre esses relatos, um que demanda muito

¹⁰ Ato Constitucional nº 3

¹¹ Serviço Nacional de Informação

¹² Ato Constitucional nº 5

destaque é o caso do navio Raul Soares¹³, uma espécie de prisão flutuante que era dividida em 3 (três) partes, as quais tinham como apelidos nomes de famosas boates do período militar: “El Morrocos”¹⁴, “Night in Das”¹⁵ e “Casablanca”¹⁶.

Mas, mesmo diante de todos esses fatores, o governo militar jamais assumiu a prática de tortura no Brasil, de modo que presidentes desse mesmo período negavam publicamente essas atividades em seus governos.

Durante esses anos o Brasil e os brasileiros vivenciaram a negação completa de muitos direitos humanos, mesmo que nessa época o Brasil já fizesse parte dos Estados signatários da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e do Pacto Internacional dos Direitos Civis (1966), entendimentos internacionais que proibiam a tortura, manchando a memória nacional com a violação contumaz e institucionalizada dos direitos da pessoa humana.

O pensamento relatado por Luciano Mariz Maia, é fático, quando menciona que o militarismo foi um estado de exceção, período pelo qual as pessoas não possuíam opiniões ou atitudes democráticas, viviam sob um comando de déspotas, segundo ele:

O Brasil vivenciou de março de 1964 a março de 1985 o regime militar, grande parte do qual caracterizado para ser um regime de exceção. Instalado pela força das armas, o regime militar derrubou um presidente civil e interveio na sociedade civil. Usou de instrumentos jurídicos intitulados atos institucionais, através dos quais procuraram legalizar e legitimar o novo regime. A sombra mais negra veio com a prática disseminada da tortura, utilizada como instrumento político para arrancar informações e confissões de estudantes, jornalistas, advogados, cidadãos, enfim, de todos que ousavam discordar do regime de força então vigente. A praga a ser vencida, na ótica dos militares era o comunismo, e subversivos seriam todos os que ousassem discordar. Foi mais intensamente aplicada de 1968 a 1973, sem contudo, deixar de estar presente em outros momentos. (MAIA, 2006).

¹³ Navio rebocado do Rio de Janeiro até Santos, que abrigava presos políticos.

¹⁴ Salão situado ao lado da caldeira do navio Raul Soares, onde os presos expostos a uma temperatura ultrapassavam os 50 graus.

¹⁵ Sala onde os presos ficavam com água gelada até os joelhos.

¹⁶ Lugar onde se despejava as fezes do navio, e entrava em contato com os presos

2 INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO CONTRA A TORTURA

Desde o advento da Constituição Federal de 1988, o Brasil adotou importantes medidas a favor da incorporação de instrumentos internacionais voltados a proteção dos Direitos Humanos a partir da recepção dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos com o mesmo *status* de Emenda à Constituição, de acordo com o disposto no art. 5º, § 3º da CFB/88.

Desta forma, em 28 de setembro de 1989, o Brasil ratificou a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984, e em julho de 1989, ratificou também a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura de 1985.

Assumindo compromisso com a comunidade internacional em combater e reprimir a tortura, como também tipificar o delito da tortura, o que só veio a ocorrer depois de oito anos, no ano de 1997, com a edição da lei objeto deste estudo.

Para a melhor interpretação da Lei de Tortura, será necessário a análise da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Pacto Internacional dos Direitos Políticos e Civis.

2.1 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

A Declaração Universal dos Direitos Humanos entra em vigência em 10 de dezembro de 1948, com aprovação unânime de 48 Estados, com 8 abstenções na votação¹⁷. Caracterizou-se como uma manifestação histórica muito importante contra as barbaridades cometidas na Segunda Guerra Mundial, demonstrando a necessidade de respeito aos direitos humanos, os classificando como universais, ainda com base na percepção moderna do sujeito de direito universal, sob influência flagrante do iluminismo.

Esta Declaração é uma recomendação que a Assembléia Geral das Nações Unidas fez aos seus membros¹⁸. Dessa forma, o documento não tinha força

¹⁷ A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi aprovada pela resolução n. 217 A (III) da Assembléia Geral, em 10 de dezembro de 1948, por 48 votos a zero e oito abstenções. Os oito Estados que se abstiveram foram: Bielo-rússia, Chetoslováquia, Polônia, Arábia Saudita, Ucrânia, URSS, África do Sul e Iugoslávia.

¹⁸ ARTIGO 10 - A Assembleia Geral poderá discutir quaisquer questões ou assuntos que estiverem dentro das finalidades da presente Carta ou que se relacionarem com as atribuições e funções de

vinculante. Por isso, a Comissão de Direitos Humanos entendeu como uma etapa anterior para a adoção de um pacto ou tratado internacional referente ao assunto.

Assim, entendemos que este entendimento está errado, pois hoje, em toda parte reconhece-se que a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e Estados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito a dignidade humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não. (COMPARATO, 2010).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos tem forma de resolução, mas em seu sentido material é uma norma internacional cogente, assim é uma norma imperativo, obrigatória e vinculante, onde os Estados signatários firmam o compromisso de assegurar esses direitos a todas as pessoas. Desta forma ela faz parte do Direito Internacional Contemporâneo, onde a pessoa humana já é vista como sujeito de direitos internacionais.

A Declaração tem como objetivo uma ordem pública mundial com base no respeito à dignidade humana, sancionando valores básicos universais. Começando pelo seu preâmbulo, a dignidade humana é conferida a toda pessoa humana, portadora de direitos iguais e inalienáveis. Assim, para a Declaração Universal, a condição de pessoa é o único requisito para ser titular de direitos.

A dignidade humana como um dos fundamentos dos direitos humanos foi incorporada posteriormente por todos os tratados e declarações de direitos humanos, que formaram o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

No corpo da Declaração analisada destacam-se os direitos civis e políticos, os direitos sociais, econômicos e culturais, e a fraternidade como valor universal.

É importante destacar que essa declaração tem uma estrutura biparte, na qual se divide em duas grandes partes, na primeira do artigo I ao artigo XXI, abordando os direitos civis e políticos vinculados ao Estado individualista. Na segunda parte, que compreende o artigo XXII ao artigo XXX, representando os direitos econômicos, sociais e culturais que tem vinculação ao Estado Social.

Desta forma, a Declaração Universal dos Direitos Humanos influenciou internacionalmente a formação dos tratados atuais que protegem os direitos humanos, e internamente serviu como base para interpretação e apoio das normas de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, pois a Constituição Federal

qualquer dos órgãos nela previstos e, como estipulado no Artigo , poderão fazer recomendações aos Membros das Nações.

de 1988, no seu art. 5º em muitas passagens apenas repete o conteúdo dos direitos garantidos já na Declaração Universal.

2.2 CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, a Convenção Americana de Direitos Humanos é um tratado celebrado pelos integrantes da Organização de Estados Americanos(OEA), com o objetivo de buscar a consolidação entre os países americanos de um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito aos direitos humanos essenciais, independentemente do país onde a pessoa viva ou tenha nascido. (BARRETO, 2014).

Piovesan discorre sobre a convenção:

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, tendo sido aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo 27, de 25 de setembro de 1992, e promulgada pelo Decreto presidencial 678, de 6 de novembro desse mesmo ano.³ Entrou em vigor internacional em 18 de julho de 1978, após ter obtido o mínimo de 11 ratificações. No ato da ratificação, o Brasil teceu declaração interpretativa aos arts. 43 e 48, d, da Convenção, dizendo que o ali estabelecido (possibilidade de a Comissão Interamericana proceder a uma investigação no território do Estado) não inclui “o direito automático de visitas e inspeções in loco da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, as quais dependerão da anuência expressa do Estado. (PIOVESAN, 2019).

É um documento que traz direitos de primeira e segunda dimensão, ou seja, direito econômicos sociais e culturais. Neste documento é enfatizado o direito à vida, o Pacto de São José da Costa Rica adota a teoria concepcionista, muito embora que existe países que permitem o direito ao aborto. Um dos legados do pacto é a criação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos/Corte Interamericana de Direitos Humanos onde serão avaliados os casos de violação dos direitos humanos, de forma global o pacto tutela os direitos na esfera regional americana.

Em relação aos artigos que compõem a Convenção Americana de Direitos Humanos, Piovesan explana:

O art. 1º, da Convenção Americana refere-se aos “Estados-Partes nesta Convenção”. Ser *parte* em um tratado internacional requer que o Estado o tenha *ratificado* e que o instrumento já se encontre *em vigor* no plano internacional. Tal é o que dispõe o art. 2º, § 2º, *g*, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, segundo o qual a expressão *parte* significa “um Estado que consentiu em se obrigar pelo tratado e em relação ao qual este esteja em vigor”. Antes de ratificar o tratado, ou do mesmo entrar em vigor, o Estado não é propriamente *parte* dele, o que não significa que deixe de ter obrigações jurídicas a partir da assinatura, tal como determina o art. 18, *a*, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, para o qual “um Estado é obrigado a abster-se da prática de atos que frustrariam o objeto e a finalidade de um tratado, quando tiver assinado ou trocado instrumentos constitutivos do tratado, sob reserva de ratificação, aceitação ou aprovação, enquanto não tiver manifestado sua intenção de não se tornar parte no tratado”. Trata-se dos *efeitos dos tratados não ratificados* para os Estados signatários, assunto pouco estudado pela doutrina internacionalista em geral, não obstante sua grande importância prática.

O art. 2º da Convenção Americana guarda forte ligação com o art. 1º do mesmo instrumento internacional, como se depreende de sua própria redação. De fato, enquanto no art. 1º se prevê a obrigação de respeitar os direitos e liberdades reconhecidos pela Convenção, no art. 2º se impõe aos Estados que adotem, por disposições legislativas ou de outra natureza, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições da Convenção, as *medidas necessárias* para tornar efetivos tais direitos e liberdades. Daí dizer-se que o conjunto desses dispositivos forma o coração do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, sem o qual não há operacionalização possível das medidas de garantias previstas pelo texto da Convenção Americana. Assim, o art. 2º da Convenção conecta-se ao art. 1º do mesmo instrumento internacional para o fim obrigar os Estados-Partes no tratado a adotar os direitos e liberdades ali reconhecidos e, ao mesmo tempo, reconhecer a efetividade dessa proteção em sua órbita interna. (PIOVESAN, 2019).

É importante ressaltar que o referido instrumento tem influência marcante da Declaração Universal dos Direitos Humanos que compreende o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria e sob condições que lhe permitam desfrutar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais bem como dos seus direitos civis e políticos. O Pacto de São José da Costa Rica é sem dúvida, o modelo a ser seguido por toda a humanidade, pois essa convenção trouxe consigo uma luz de esperança para todos, onde os direitos humanos devem ser resguardados com prioridade.

2.3 PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS

No ano de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, definiu os direitos e liberdades fundamentais a serem garantidos. Diante desse fato houve a necessidade de jurisdicional a Declaração, fato que teve início no ano de 1949 e perdurou até a conclusão em 1966, onde foram elaborados dois tratados internacionais: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que integram os direitos expressos na Declaração Universal.

Quando da elaboração desses Pactos, se formou a Carta Internacional dos Direitos Humanos, composta pela Declaração Universal e pelos dois Pactos Internacionais de 1966, todos esses Pactos criaram um ordenamento próprio para implementação dos direitos humanos no âmbito dos Estados nacionais. (PIOVESAN, 2010).

O Pacto analisado entrou em vigor em 26 de março de 1976, quando obteve 35 ratificações, abrangendo maior quantidade de direitos civis e políticos do que a Declaração Universal, tratando dos direitos humanos referidos a liberdade individual, a proteção da pessoa contra a interferência estatal na sua privacidade, bem como a participação da sociedade na gestão estatal.

Os Pactos Internacional dos Direitos Civis e Políticos dividiram-se de acordo com alguns artigos. No artigo 1º estabelece a autodeterminação dos povos e livre disposição de seus recursos naturais e riquezas. Do artigo 2º ao 5º verifica-se o compromisso dos Estados de garantir os direitos previstos e as hipóteses de revogar certos direitos. Nos textos do artigo 6º ao 27, trata-se dos direitos realmente reconhecidos. Na análise do artigo 28 ao 45, percebemos os mecanismos de controle desses direitos. Já nos artigos 46 e 47, nota-se a integração e particularidades com a ONU¹⁹. E por último, a ratificação e o período de entrar em vigor, compreendido pelos artigos 48 ao 53.

Nestes Pactos estão elencados direitos e liberdades, entre eles direito a vida, direito de não ser escravizado, nem ser submetido à servidão, direito a liberdade e a segurança pessoal e de não ser sujeito a prisão ou detenção arbitrárias, direito a julgamento justo, direito a reunião pacífica, direito a liberdade de associação e de

¹⁹ Organização das Nações Unidas.

aderir a sindicatos, direito a igualdade perante a lei, direito a liberdade de expressão, direito a uma nacionalidade e diversos outros. Porém, o que desperta o interesse desse estudo, e o direito de não ser submetido a tortura ou a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes que se encontra amparado pelo Pacto.

O artigo 7º deste Pacto que faz referencia ao delito de tortura, sendo quase copiado pela Carta Magna atual, assim o determina: “Art. 7º: Ninguém será submetido à tortura nem a pena ou a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Em particular, é interdito submeter uma pessoa a nina experiência médica ou científica sem o seu livro consentimento”.

O Brasil ratificou o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos no ano de 1992, mas não fez o mesmo com o Pacto facultativo, que dispôs sobre a abolição da pena de morte. Deste modo, negou-se o Brasil a assinar este protocolo.

2.4 CONVENÇÃO CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES

A Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos e Punições Cruéis, Desumanos e Degradantes foi criada pela ONU em 1984, mas so entrou em vigor internacionalmente em 1987, foi ratificada pelo governo brasileiro em 1989, onde foi aprovada pelo Decreto Legislativo 4, de 23 de maio de 1989, e futuramente promulgada pelo Decreto 40, de 15 de fevereiro de 1991.

A tortura é conceituada no artigo inaugural da Convenção, que assim afirma:

Artigo 1º - Para fins da presente Convenção, o termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infl igidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou 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 infiigidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.

A Convenção analisada, em seu texto, ainda certifica os seguintes direitos que os Estados-partes se comprometeram a assegurar: proibição total da tortura e proteção contra os atos de tortura e outras formas de tratamento cruel, desumano ou degradante.

Estabelece que os Estados adotem as medidas cabíveis para impedir essas práticas delituosas, sanciona, ainda a regra da impossibilidade de derrogação da proibição da tortura, estabelecendo que em nenhum caso poderá ser invocado circunstâncias excepcionais, tais como ameaças ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública como justificativa para a tortura. Ainda estabelece que a obediência hierárquica não poderá ser adotada como justificativa para tanto; proibição de expulsão, devolução ou extradição de pessoas para Estados quando houver risco de serem torturadas; criminalização, na legislação penal de cada Estado-parte, das condutas que configurem tortura; cooperação com outros Estados para prisão, detenção e extradição de torturadores; investigar prontamente alegações de tortura, examinando toda denúncia de maneira imparcial; direito de que a declaração obtida mediante tortura não seja invocada como prova em qualquer processo; direito das vítimas de tortura a reparação e indenização justa e adequada, inclusive completa reabilitação.(OLIVEIRA,2009).

Em seguida, garante que as pessoas não sejam submetidas a atos cruéis, desumanos ou degradantes. O artigo 16 da presente Convenção estabelece que os Estados membros devem reprimir atos dessa natureza, ainda que não considerados atos plenos de tortura nos termos do artigo inaugural, salientando que os dispositivos devem merecer interpretação ampla, sem restrição a outro instrumento internacional que proíba os tratamentos ou as penas cruéis, desumanas ou degradantes.

Na Convenção estudada, encontram-se três mecanismos de controle e monitoramento que é controlado pelo Comitê contra a tortura, segundo a Parte II, artigos 17 a 24, desta maneira, destacam-se: as petições individuais, os relatórios e as comunicações interestatais.

Diante desses mecanismos, os membros da Convenção, devem fazer uma declaração aprovando o Comitê contra a Tortura a receber as comunicações individuais e as interestatais.

A comunicação individual deve ter como fundamento a violação de direito previsto na Convenção contra a Tortura, e os critérios para sua admissão e o mérito de apreciação.

O Comitê contra a Tortura apresenta uma especialidade em relação aos demais Comitês instituídos pelas diversas Convenções. Assim, se houver uma denúncia de prática de tortura em um Estado membro, o Comitê tem, competência de realizar uma visita com a finalidade de investigar no próprio território desse Estado, necessitando da concordância do Estado envolvido, com base no artigo 20, 3, da Convenção²⁰.

Se o Comitê concluir que houve violação de direito protegido na Convenção, solicitará ao Estado envolvido as informações sobre o procedimento para que se cumpra a decisão do Comitê. Piovesan, diz que,

Apesar de não ser o único instrumento que coíba a tortura, vez que a própria Declaração Universal de Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos também o fazem, destaca-se como a primeira grande convenção especializada contra algum tipo de violação em particular a Convenção Internacional Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotada pela ONU no dia 28 de setembro de 1984. (PIOVESAN,2010).

Ainda nas palavras de Piovesan,

No plano internacional, a tortura foi um dos primeiros atos a serem considerados, por sua gravidade, crime contra a ordem internacional. Daí a adoção da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, pelas Nações Unidas, em 28 de setembro de 1984, ratificada hoje por 132 Estados-partes. Dentre os instrumentos internacionais de direitos humanos, contudo, é a Convenção que conta com a menor adesão dos Estados-partes. (PIOVESAN,2005).

Mediante tudo que foi discorrido sobre o tema, entende-se que apesar da significativa evolução do sistema de proteção ao ser humano, da supranacionalização dos Direitos Humanos, das diversas Convenções que buscam a garantia destes, a criação de tribunais, cortes e conselhos, ainda é insuficiente para

²⁰ Artigo 20 - I. O Comitê, no caso de vir a receber informações fidedignas que lhe pareçam indicar, de forma fundamentada, que a tortura é praticada sistematicamente no território de um Estado-parte, convidará o Estado-parte em questão a cooperar no exame das informações e, nesse sentido, a transmitir ao Comitê as observações que julgar pertinentes.

a efetiva garantia da dignidade da pessoa humana, principalmente no que toca à vitimização do ser humano quanto à tortura. Isso se deve principalmente ao fato de que é dado à soberania dos Estados com maior rigor do que o respeito às normas protetivas ao homem.

3 ASPECTOS CONCEITUAIS, MATERIAIS E PROCESSUAIS DA LEI DE TORTURA

O artigo 5º da Carta Magna vigente estabelece que ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento desumano ou degradante com fulcro no inciso III; e, também a lei considera crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, e indica que responderão pelo delito os mandantes, executores e os que podendo evitá-los, se omitirem.

Tal artigo é norma constitucional de eficácia limitada²¹, pois precisa da ação do legislador infraconstitucional para que seu efeito se produza. Dessa forma, em relação à inafiançabilidade e insuscetibilidade de graça ou anistia, foi produzida a Lei nº 8.072/90²², ainda assim, foi necessária a edição de lei infraconstitucional, de competência da União, para definir o crime de tortura, tipificando, com base no que estabelece o artigo 5º, XXXIX²³.

Segundo a Assembleia Geral das Nações Unidas, o termo tortura significa:

Qualquer ato 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 terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de cometido; de intimar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação ou qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerara como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.²⁴

Algumas questões constitucionais já foram discutidas em relação à tortura objeto desse estudo, uma de bastante destaque foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal - STF, que na maioria dos seus votos (6 x 5), considerou que existia lei

²¹ Normas Constitucionais de eficácia limitada são aquelas que apresentam “aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes devolva a aplicabilidade. STF – Pleno MI n.20/DF – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 22 nov. 1996, p.45.690.(MORAES,2006) - completar

²² Lei de crimes hediondos - completar

²³ Não há crimes sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. - Completar

²⁴ Artigo 1º da Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, adotadas pela Resolução nº 39/46 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1984. Referenciar a Assembleia Geral das Nações Unidas

tipificando o crime de tortura, quando era praticado contra criança ou adolescente, ao apreciar a constitucionalidade do artigo 233 do ECA.

Em meio a essa discussão, o então Ministro Marco Aurélio, posicionou-se contra o entendimento do Tribunal, pois entendia que o artigo 233 do ECA (1990), não poderia ser considerado crime de tortura, assim afirmando:

[...] a simples menção a 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 ou anistia, da fiança, o elasticamento da prisão temporária e o cumprimento da pena, na sua integralidade, no regime fechado. A insegurança grassara e, o que é pior, o julgamento das ações penais corria a conta da formação do julgador. Como redigido, o art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, reclama postura do magistrado que contraria a máxima gizada por Nelson Hungria em Comentários ao código penal. Rio de Janeiro: Forense, 1958, t. I, p. 1-86, consoante a qual 'a lei deve ser interpretada restritivamente quando prejudicial ao réu e extensivamente no caso contrário'. O juiz partira para o campo da interpretação extensiva, definindo ele próprio o que se entende como crime de tortura e assumindo, com isso, a posição reservada ao legislador.

Toda essa discussão foi sanada pelo legislador ordinário, quando houve a edição da Lei nº 9.455/97, estabelecendo em seu artigo inaugural o que viria a ser tortura, e logo após, em seu artigo 4º, revogou o artigo 233 do ECA.

É importante destacar que os elementos que caracterizam o crime de tortura, é “o constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental.” Também é necessário destacar a que a lei veio atender a Organização das Nações Unidas, que exigiu em seu artigo 4º da Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes citada anteriormente, que cada Estado-parte assegurará que todos os atos de tortura sejam considerados crimes segundo a sua legislação penal. O mesmo aplicar-se-á tentativa de tortura e a todo ato de qualquer pessoa que constitua.

3.1 ASPECTOS CONCEITUAIS DA TORTURA

Antes de ser editada a Lei que tipifica a tortura, base desse estudo, os doutrinadores da época discutiam o que constituía a figura típica da tortura, e muitas

dúvidas foram suscitadas acerca dessa definição. Uma das dúvidas de grande repercussão no meio jurídico à época tinha relação com o artigo 121, S 2º, 111²⁵ do Código Penal brasileiro, que disciplina as qualificadoras no crime de homicídio, onde a tortura é tipificada como um fator qualificador.

Assim, era perceptível na época, que o Código Penal vigente já punia com mais rigor o assassinato cometido com essa qualificadora, mas o legislador não esclarecia o que viria a ser essa prática delituosa.

Todavia, a preocupação com a prevenção e punição ao crime que modernamente é denominado de tortura não tem início no plano nacional, a comunidade internacional desde o início do séc. XX têm se preocupado de forma sistemática.

Em 10 de dezembro de 1984 foi realizada a Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis Desumanas ou Degradantes, realizada em Nova York, no qual em seu artigo 1º, conceituou a que viria a ser a tortura, assim afirmando:

Art. 1º: Para os fins da presente 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 cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimento são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.

A Convenção Europeia para a prevenção da tortura e das penas ou tratamentos desumanos ou degradantes, em primeiro de fevereiro de 1989, apresentou diversas medidas com o intuito de fiscalizar os Estados em relação às práticas ilícitas ligadas a tortura. Também seguiu esse sentido a Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura, datada de 1985 e ratificada pelo Brasil através do Decreto 98.386, de 09 de novembro de 1989, trazendo em seu artigo segundo o conceito referente à tortura:

²⁵ Art. 121 Matar alguém: §2º. Se o crime é cometido: [...] III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

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.

Desta maneira, Hungria (1979, p. 167) entendia tortura como “o meio suplicante, a infligção de tormentos, a judiaria, a exasperação do sofrimento da vítima por atos de inútil crueldade”. Já para Noronha (1975, p. 69), a tortura consiste em “infligir um mal ou sofrimento desnecessário fora do comum”.

Esses foram um dos conceitos mais usados e respeitados no período das discussões sobre a tipificação do crime de tortura, mas com a evolução da sociedade, vários outros doutrinadores aperfeiçoaram seus estudos e amadureceram tal conceito.

De acordo com Regis Prado (2000, p. 47), a tortura é definida como a “inflação de mal desnecessário, com o propósito de provocar dor, angústia e grave sofrimento a vítima”.

Já Bitencourt (2001, p. 47), ao seu modo, define como “meio que causa prolongada, atroz e desnecessário padecimento”.

Diante dessas análises doutrinárias, há de se destacar o conceito inserido a tortura por alguns tribunais, anteriormente a edição da lei, com a finalidade de preencher a lacuna jurídica que o legislador causou, nesse sentido:

Tortura - Menor - Desclassificação para maus tratos - Admissibilidade - Prática de atos graves contra criança - Impossibilidade de se definir como tortura os atos constantes da denúncia - Fundamentação de decreto condenatório além do denunciado - Recurso Parcialmente provido. Tortura é a composição de ações empregadas por uma ou mais pessoas, com relação à outra, ou outras, que pelo modo violento e desgastante, quer no aspecto físico, quer no psíquico, com o perdurar do tempo, acaba por derrotar toda a resistência natural inerente ao ser humano, tomando-o desorientado, depressivo e sujeito às mais várias reações, dentre elas, aquela que mais interessa a quem tortura - o irremediável medo. (Apelação Criminal n. 192.122-3 - Taubaté - 2ª Câmara Criminal - Relator: Prado de Toledo - 16.10.95 V.U.). (CIRENZA, 2011?).

Diante de tais conceitos, o mais abrangente, é o de Nucci (2009) o qual explicita que, a tortura consiste em qualquer método de submissão de uma pessoa a sofrimento atroz, físico ou mental, para obtenção de qualquer coisa ou como forma de castigo por qualquer razão.

3.2 TIPOLOGIA

A Lei de Tortura, refere-se a constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental. Desta forma, o legislador acabou por determinar os tipos de sofrimentos e de tortura infringidos e causados às vítimas. O termo tortura significa ato ou efeito de torturar, crime hediondo, suplício que se faz a alguém. A tortura expressa tormento, transe aflitivo, podendo ser por agressão física ou psicológica. (SANTOS, 2011). Esta prática é considerada a forma mais bárbara e humilhante à qual um ser humano submete outro, causando pânico, dor, desgaste físico, emocional e moral e ainda, pode desequilibrar psicologicamente, produzindo lesões, contusões funcionalmente anormais ao corpo ou as faculdades mentais.

Compreende-se por tortura o uso de violência ou grave ameaça, que provoque intenso sofrimento físico ou mental, tendo por motivo obter informação, declaração ou confissão. Ainda pode ser definida como a aplicação de castigos ou como forma de intimidação daqueles que estão sob guarda, poder ou autoridade de quem pratica a violência ou ameaça (BRASIL, 1997). Paulo Sérgio Leite Fernandes e Ana Maria Babette Fernandes (1996) denotam que a tortura se trata de uma forma extremada de violência,

[...] parecendo ter se entranhado no homem ao primeiro sinal de inteligência deste. Só o ser humano é capaz de prolongar o sofrimento de animal da mesma espécie ou de outra. O homem é diferente. O impulso de destruição o conduz à inflição de dores por prazer, por vingança ou para atender objetivos situados mais a diante.

Sob esse prisma, Verri (2000) aduz que a tortura tende a reduzir o homem à traição de si próprio, a renunciar à sua autodefesa, a ofender e a perder a si mesmo. “Isso por si só basta para mostrar, sem outras reflexões, que a tortura é

intrinsecamente um meio injusto para buscar a verdade, e não seria lícito utilizá-la, mesmo que com ela se encontrasse a verdade”. (VERRI, 2000).

3.2.1 Tortura Física

Como vítima da tortura o ser humano pode sentir seus efeitos de duas formas, uma delas é a dor corpórea através da tortura física. Esta é a espécie mais comum e utilizada pelo agente torturador, tanto no âmbito estatal, como no tocante ao cidadão comum.

Estes métodos foram inventados e utilizados desde a Idade Média, e foram sendo aprimorados com a evolução da sociedade, vindo a perdurar até os dias atuais, dentre eles destacam-se: agressões, afogamentos, choques elétricos, queimaduras, e diversos outros meios degradantes que auxiliavam nos interrogatórios das vítimas.

Temos que destacar que tal prática de tipologia física não se faz necessária à aplicação somente à vítima como descrito na lei, para a configuração desse tipo físico ela poderá ser aplicada em uma terceira pessoa.

Portanto quando a lei se refere à violência, esse termo é usado para representar a agressão física. Diante disso, verifica-se a forma que o legislador contemplou a tortura no modo físico.

Por tratar-se de meio com contato físico, essa espécie se toma de mais fácil comprovação, pois geralmente sua prática deixa vestígios que poderão ser apurados posteriormente, como os objetos ou meios usados para a prática delituosa. Esses castigos resultam em equimoses, hematomas, e marcas que facilitam a constatação da tortura.

Porém, a dificuldade probatória é conferida quando o sujeito ativo é conteúdo do Estado, pois essas práticas delituosas geralmente são realizadas em espaços controlados pelo Estado. Um exemplo bastante comum, seria o interior de delegacias de polícia, se tornando o apuramento da tortura uma atividade de bastante complexidade, pois diante dessas circunstâncias, as provas nunca são abundantes, uma vez que a execução da tortura geralmente é feita de modo obscuro, sem a presença de testemunhas. Assim, se ocorre a tortura estarão presentes apenas os próprios agentes do crime.

Nesse sentido, se manifestou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Crime cometido por policiais civis contra preso provisório. Indivíduo retirado da delegacia de uma comarca sem autorização judicial. Prática de atos de violência e grave ameaça. Sofrimento físico e mental provocado para obtenção de confissão. Lesões corporais atestadas em laudo pericial. Declarações firmes e coerentes da vítima. Corroboração pelos depoimentos testemunhais. Desclassificação para abuso de autoridade ou lesão corporal. Inadmissibilidade. Delitos absorvidos pelo crime-fim. Princípio da consumação. Condenação mantida (Ap. 000.289.797-3/00, Manhumirim, 1.^a C., rel. Zulman Galdino, 01.10.2002, v.u.).

Por isso, não ocorrendo o esperado, no caso a confissão, será necessário confrontar provas, laudos e explicações dos condutores e responsáveis pela prisão da pessoa torturada.

3.2.2 Tortura Psicológica

Esta tipologia de tortura também é abrangida pelo texto da lei e da doutrina, pois o legislador faz referência ao sofrimento físico ou “mental”. Dessa maneira, o sofrimento da pessoa humana pode ser através de aflição ou angústia, que esta inserida no sofrimento mental.

Quando a lei se refere à grave ameaça, ela tem o seu sentido definido através da agressão moral, de uma intimidação, que causa um dano psicológico ao polo passivo da relação da tortura.

Nessa espécie de tortura, é extremamente difícil a sua comprovação, pois ela está ligada a capacidade psicológica da vítima. Assim, na maioria das vezes a vítima desse tipo, acaba se excluindo do meio em que vive, não procurando auxílio algum.

O tribunal Europeu de Direito Humanos (1959), já se pronunciou em relação à intensidade do sofrimento, “relativa por sua natureza, que depende do conjunto dos dados do caso e, especialmente, da duração dos maus tratos e de seus efeitos físicos ou mentais e, às vezes, do sexo, da idade e do estado de saúde da vítima”.

Portanto, se já é difícil avaliar o sofrimento mental do ofendido, medir a intensidade deste sofrimento não constitui uma tarefa muito simples. Assim, é importante lembrar que esta avaliação deve levar em conta as particularidades da vítima que foi torturada.

Dessa forma, verifica-se que a vítima de tortura psicológica, tem as mesmas sequelas e transtornos que as vítimas de tortura física. O que diverge entre as duas no tocante à agressão física.

Nesse entendimento, nota-se que o legislador teve o cuidado de tipificar as condutas previstas na tipologia em um só crime, pois tanto a tortura na modalidade física, quanto ela no modo psicológico pode produzir as mesmas consequências.

De acordo com o artigo 158 do Código de Processo Penal (BRASIL,1959), no caso da infração deixar vestígios materiais, deve-se realizar o exame de corpo de delito, como no caso de tortura física.

Mas no caso analisado, na tortura psicológica, geralmente não deixa rastros aparentes, torna-se dispensável a realização de perícia, como se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

O crime de tortura psicológica e sofrimento mental não deixam vestígios aparentes, como marcas, indícios ou sinais externos para exigir a aplicação do art. 158 do Código de Processo Penal. Nesses casos afigura-se imprescindível a análise de todo o conjunto fático-probatório para que o julgador analise o caso concreto e entenda estar evidenciado a autoria e materialidade do delito, como na hipótese vertente (REsp. 272.837-PR, 5.^a T., rel. Laurita Vaz, 19.05.2005, v.u).

Através desses fatores, percebe-se a total independência que a tortura psicológica tem sobre a tortura física, produzindo seus efeitos, resultados e consequências, não precisando, necessariamente, que a aplicação seja em conjunto para que esses efeitos se produzam.

3.3 ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS DA LEI Nº 9.455/97

A Lei nº. 8.072/90²⁶, que trata sobre os crimes hediondos e equiparados, proíbe a concessão de anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória, ampliando o rol de vedações impostas pela Carta Magna, que não foram determinadas como inconstitucionais.

Esse deve ser o mesmo entendimento em relação à Lei de Tortura. Portanto, ao tipificar a tortura o legislador brasileiro cumpriu o seu compromisso com o plano

²⁶ Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.

internacional se ele ampliou o alcance das vedações, não significa qualquer incompatibilidade com as Convenções das quais o Brasil é signatário.

Em relação ao sujeito passivo, esse está representado pelo elementar “alguém”. Portanto, pode ser qualquer pessoa, destacando que, em caso de crime cometido contra criança, gestante, portador de deficiência, adolescente ou maior de sessenta anos, deverá incidir a causa de aumento prevista no parágrafo 4º, inciso II, do artigo inaugural.

Se esse sujeito passivo for criança, gestante ou maior de sessenta anos, não caberá a aplicação da agravante expressa no artigo 61, inciso II, alínea “h” do Código Penal²⁷, pois constitui inaceitável bis in idem, expressão que significa punir duas vezes o indivíduo pelo mesmo fato.

Para que ocorra a incidência das majorantes²⁸ previstas na lei, será necessário que essas circunstâncias sejam aparentes ou de conhecimento do autor, isto é, têm que estar inseridas no seu dolo.

Deve-se destacar a possibilidade da ocorrência de dupla subjetividade passiva, em que o agente, ao invés de torturar a vítima para obter dela informação, declaração ou confissão, tortura um terceiro, ligado aquele de quem pretende a informação. Este fato se concretizando, duas serão as vítimas da tortura. Uma será a vítima que foi torturada diretamente e, a outra será a de quem se pretende a informação, declaração ou confissão.

A norma em estudo protege a dignidade da pessoa humana e a integridade física ou psíquica da vítima, violadas pela prática criminosa. Assim, temos como objeto material a pessoa que sofre a tortura; e o objeto jurídico é complexo, pois envolve tanto a liberdade do ser humano com, também, a sua integridade física.

Segundo Nucci (2009), o núcleo do tipo ou o verbo que rege o artigo inaugural é o constrangimento que, na lei significa forçar alguém a fazer alguma coisa, obstar para que alguém deixe de fazer algo, coagir, compelir.

De acordo com a legislação, esse constrangimento deve ser feito mediante violência ou grave ameaça.

²⁷ Art. 61 São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: II- ter o agente cometido o crime: h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida;

²⁸ § 3º Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos; se resulta morte, a reclusão é de oito a dezesseis anos.

Um dos meios mais utilizados para a prática da tortura é a violência física, exercida no corpo da vítima, com o objetivo de afastar sua resistência.

É desnecessário que da violência resulte lesão corporal, mas caso isso ocorra, se a vítima sobreviver, e for constatada a natureza grave ou gravíssima da lesão, incidirá a qualificadora prevista no parágrafo 3º²⁹ do artigo da Lei analisada. A lesão de natureza leve é absorvida pelo crime descrito no caput do artigo primeiro.

Em relação à gravidade das lesões, para cuja prova não se faz necessário o exame de corpo de delito, devem ser avaliada de acordo com os requisitos do artigo 129³⁰ e seus parágrafos do Código Penal:

Penal e Processo Penal — Tortura (Lei n.º. 9.455/97)- Choques elétricos e socos com objetivo de obter informação — Conjunto probatório que embasa suficientemente a condenação — Pena exacerbada — Decote — Perda do cargo — impossibilidade — I. Diante das provas coligidas. Restou comprovado que o apelante praticou atos de tortura, aplicando choques e socos, no intuito de obter informação acerca de vales transporte e sua propriedade. cujo desaparecimento imputava a sua companheira. 2. Sendo o réu primário e as lesões causadas de natureza leve, deve a pena ser estabelecida em patamar consentâneo com o caso concreto. 3. O efeito obrigatório de perda do cargo somente tem aplicação, quando do cometimento de crime funcional próprio, todavia, o apelante não se encontrava no exercício de cargo, função ou emprego público (TJDF - APR 20000110349137 - DF- 2ª T. Crim. - Rel. Des. Silvanio Barbosa dos Santos — DJU 02.05.2002 — p. 125, grifo nosso).

Já no sentido da ameaça, essa é exercida por meio compulsivo, forma típica de violência moral, exercida sobre o psicológico do ofendido, interferindo em sua vontade, ao ser de modo a provocar temor.

Não é necessário que o agente e a vítima estejam frente a frente, pois a ameaça pode ser feita por escrito ou mediante um intermediário.

Dessa forma, a ameaça deve ser grave, e, para a comprovação de tal gravidade deve ser levada em consideração a pessoa da vítima, com todas as suas

²⁹ Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena — detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

§ 1º Se resulta I- incapacidade para as ocupações habituais, por mais de 30 (trinta) dias; II- perigo de vida;

III- debilidade permanente de membro, sentido ou função; IV- aceleração de parto;

Pena- reclusão, de 1(um) a 5(cinco) anos.

³⁰ §2º Se resulta:

I- Incapacidade permanente para o trabalho;

II- Enfermidade incurável;

III- perda ou inutilização de membro, sentido ou função;

IV- Deformidade permanente; V- aborto;

Pena- reclusão, de 2(dois) a 8 (oito) anos.

particularidades. Também, deve-se destacar que a ameaça não deixa vestígios, dispensando, via de regra, o exame de corpo de delito.

O Superior Tribunal de Justiça compreende que o delito de tortura mediante grave ameaça não deixa vestígios, não sendo necessário para a sua comprovação a realização de exame de corpo de delito, conforme se verifica no julgamento do Habeas Corpus julgado pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

Processual Penal — Habeas Corpus — Sentença Condenatória — Relatório sucinto — Ausência de nulidade — Tortura (Lei 9.455/97) — Emprego de violência ou grave ameaça — Tipo alternativo — Crime transeunte — Exame de corpo de delito — Inexigibilidade — exame de provas — idoneidade do writ — Não merece acatamento à alegação de nulidade de sentença condenatória, por deficiência no relatório, se este, apesar de sucinto, contém os elementos necessários ao julgamento da questão posta nos autos. Configura-se o crime de tortura quando o agente, com emprego de violência ou grave ameaça, alternativa ou cumulativamente, constrange alguém, causando-lhe sofrimento físico ou mental. A prática de tortura mediante grave ameaça não deixa vestígios, não se exigindo, para a sua constatação, a realização de exame de corpo de delito (art.158 do CPP). O habeas corpus, ação constitucional destinada a assegurar o direito de locomoção em face de ilegalidade ou abuso de poder, não se presta em face de ilegalidade ou abuso de poder, não se presta para desconstituir decisão condenatória fundada em judicioso exame de provas, pois o estudo do fato não se compadece com o rito especial do remédio heroico. Habeas Corpus denegado (STJ - HC 16142 - - 6ª T. Rel. Min. Vicente Leal - DJU I I .03.2002).

Para a constatação do delito, será necessário que da violência ou grave ameaça infligidas pelo agente torturador na vítima, resulte sofrimento físico ou mental. Assim, o sofrimento constitui o resultado da prática da tortura. Desta forma, existe grande dificuldade em relação à aferição do sofrimento de outra pessoa, principalmente o sofrimento mental.

Na interpretação do sofrimento mental, a Doutrina tem se baseado de decisões da Comissão Europeia de Direitos Humanos que, quando do julgamento do “Caso Grego”³¹, conceituou tortura mental como “infligir sofrimento mental

³¹ O Caso Grego (1967-1969) foi a primeira caso apreciado pela Comissão Europeia de Direitos Humanos, em que houve violação dos direitos humanos, em razão do regime ditatorial instalado. L'altura dirrito — Centro de documentazionee su cárcere, devianza e marginalita. Disponível em: < <http://www.altrodirrito.unifi.it/ricerche/latina/dias/cap2.htm>>. Acesso em: 06 de mai. 2011

através da criação de um estado de angústia e stress por outros meios que não é agressão física”³²

Em relação ao elemento subjetivo do crime de tortura é primeiramente representada pelo dolo, que objetiva praticar a conduta presente no núcleo do tipo penal. Assim, o dolo consiste na vontade de infligir sofrimento físico ou mental na vítima, através de violência ou da grave ameaça.

Na prática desse delito, não é necessário somente o dolo, representado na consciência e vontade de praticar a ilicitude representada pelo núcleo do tipo, além de todos os seus elementos. Portanto, há necessidade de uma finalidade posterior, a última meta que o agente delitivo pretende obter com a conduta descrita no núcleo da figura penal.

Esses tipos que contêm elementos subjetivos além do dolo são configurados como delitos de intenção ou tendência interna transcendente. Descrevendo os denominados crimes formais, em que o agente deseja e pretende um resultado previsto no tipo, mas, não precisa ser alcançado para que ocorra a consumação.

Os crimes de intenção se subdividem em delitos de resultado cortado e delitos mutilados de dois atos. No primeiro elencado, o indivíduo tem a pretensão de alcançar algo, que ocorrerá ou não, independentemente de sua intervenção. Se ocorrer a meta pretendida, constitui mero exaurimento. Nos delitos mutilados de dois atos, o agente pratica a primeira conduta como passo prévio de uma segunda, assim, esta decorre de sua vontade.

Em relação à tortura analisada, o constrangimento infringido à vítima através da violência ou grave ameaça, causando sofrimento, deve ter como finalidade obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa ligada a ela. Essa finalidade, entretanto, ocorrerá ou não, independentemente da vontade do sujeito ativo. Assim, constitui crime de resultado cortado.

No artigo 1º, inciso I, alínea b³³ da Lei de Tortura, o tipo penal se identifica com o analisado anteriormente, diferenciando o seu fim de agir.

Nessa modalidade, ao torturar a vítima, o agente torturador intenciona que a vítima pratique conduta tipicamente criminosa. Assim, incluem-se no rol de conduta

³² MAIA, Luciano Mariz, texto apresentado no Seminário Nacional sobre a Eficácia da Lei de Tortura, realizado em 12/2000, no STJ (BIERRENBACH e LIMA, 2006).

³³ Art. 1º - Constitui crime de tortura:

I- Constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental;

b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa

criminosa, também as contravenções, baseando-se na inexistência de diferença ontológica entre crime e contravenção.

Esse entendimento constitui analogia in malam partem³⁴, inadmitida no Direito Penal Brasileiro. Desta forma, se o torturador constranger fisicamente a vítima a praticar delito, responderá pelo delito. Assim, o torturado foi usado como instrumento do torturador, não sendo responsabilizado pelo crime por ausência de vontade, essencial para configurar a conduta.

Tratando-se de grave ameaça ou coação moral irresistível³⁵, “o torturador responderá pelo crime praticado pela vítima da tortura como autor imediato, e o torturado será amparado pela excludente de culpabilidade” .

Na hipótese de coação resistível, irão responder o coator e coato, em concurso³⁶. O primeiro terá a sua pena agravada, e aquele que foi coagido, terá sua pena diminuída, conforme determina a lei.

Configurada a tortura e evidenciado os elementos do tipo analisado, seja diante da violência física ou da grave ameaça, o torturador será responsabilizado por dois delitos em concurso material: pelo seu delito e por aquele praticado pelo coato.

O confronto entre a coação moral irresistível e tortura mediante grave ameaça deve ser analisado com cuidado, com a finalidade de evitar generalizações indevidas, que podem resultar no esvaziamento do instituto da coação moral irresistível.

Em relação à alínea c, do inciso I do artigo 1º, o dispositivo analisado se refere à tortura racial ou discriminatória, que determina o motivo do delito, diferenciando-se dos dispositivos anteriores, em relação ao tipo, pois não visa um fim especial, mas uma mera intolerância.

A discriminação é algo derivado de diferenciar, distinguir. Discriminação racial ou religiosa visa separar e isolar as minorias. A lei foi omissa, em não prever a discriminação sexual, mas a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos

³⁴ Em sentido desfavorável.

³⁵ O coato não tem condições de resistir. (CAPEZ, 2005, p. 326).

³⁶ Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que:

II - coage ou induz outrem à execução material do crime;

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: III - ter o agente:

c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima.

Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984, ao definir a tortura em seu artigo 1º³⁷ referiu-se a discriminação de qualquer natureza, incluindo também a discriminação sexual. Ao esquecer-se de tipificar a discriminação sexual, o legislador brasileiro falhou mais uma vez na edição da Lei, pois os criminosos que praticam essas condutas, não podem ser tipificados nessa conduta pelo motivo da discriminação sexual.

Portanto, constranger significa obrigar alguém, através de ameaças, a fazer o que não deseja, através de força, coação. De outra forma, o crime de constrangimento ilegal, elencada no artigo 146 do Código Penal, que constitui sanção com o artigo 5º, inciso II, da Carta Magna. Nesse sentido, dita a Constituição Federal, *in verbis*: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Posteriormente o Código Penal, em seu texto, expressa o crime de constrangimento ilegal: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido por qualquer outro meio a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda”. Diante do exposto, percebe-se que o legislador brasileiro fez um tipo penal incompleto, precisando de complemento, tomando esse tipo praticamente inaplicável.

As três modalidades de tortura já apresentadas consumam-se quando ocorre o sofrimento físico ou mental causado pela violência (*vis corporalis*) ou grave ameaça (*vis compulsiva*) exercida pelo agente torturador contra a vítima.

O objetivo do resultado pretendido pelo autor do delito; a informação, confissão da vítima ou de terceiro, na primeira modalidade, ou a prática de conduta criminosa, na segunda, torna-se irrelevante a consumação do delito. A tentativa é constatada quando se inicia a conduta violenta ou se profere a ameaça, com a finalidade de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa, e para provocar ação ou omissão de natureza criminosa com fulcro nas alíneas “a” e “b” do inciso I, ou em relação de discriminação racial ou religiosa, no

³⁷ Art. 1º - Para os fins da presente 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 cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimento são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.

caso da alínea “c”, se o agente interromper a execução, por circunstâncias alheias à sua vontade, não chegando a produzir-se na vítima, sofrimento físico ou psicológico. Os três crimes analisados são de natureza comum, podendo ser praticados por qualquer pessoa, e com presença de dolo, não podendo ser culposos.

Se estiverem ausentes os elementos que constam nos dois primeiros tipos de tortura analisado nesse capítulo (finalidade de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa ou desejo de provocar ação ou omissão de natureza criminosa) o crime de tortura não se configura, pois existirá uma atipicidade que não será absoluta, mas relativa, surgindo como crimes subsidiários à lesão corporal, o abuso de autoridade ou o constrangimento ilegal. Dessa forma, verifica-se a possibilidade de concurso aparente de normas, relacionando o crime principal, a tortura, e crime subsidiários, acima expostos.

No inciso II, do “artigo inaugural”, é retratada a denominada tortura-castigo. A definição deste tipo penal vem despertar diversos conflitos aparentes de normas, com destaque no que diz respeito à definição típica do crime de maus-tratos, contida no artigo 136 do Código Penal, como se segue:

Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para o fim de educação, ensino tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina.

Nesse tipo de tortura, só poderá ser o polo ativo dessa relação criminosa aquele quem tem sob sua guarda, poder ou autoridade. De acordo com Noronha (1986), guarda implica proteção, defesa e amparo referente a pessoas que dela não podem prescindir.

Poder e autoridade se diferenciam. Poder provém da pessoa que ocupa cargo público ou exerce função pública. Já a autoridade, por sua vez, é derivada das relações privadas³⁸.

Desta forma, o delito configura crime próprio, pois a figura típica exige que o agente mantenha com a vítima uma relação diferenciada, especial.

³⁸ Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: II - ter o agente cometido o crime:

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;

Analisando este artigo, é perceptível que a autoria do delito é remetida, não só aos agentes públicos, podendo ser sujeitos ativos do crime, mas também, a pais, professores, tutores, curadores e, vários outros.

Mas este entendimento não é regular, uma vez que encontramos jurisprudência totalmente dividida em relação a este dispositivo, pois alguns atribuem o crime de tortura somente aos agentes do Poder Público, atribuindo crime de maus-tratos aos demais agentes.

Nesse estudo, no entanto, já foi dito que a Lei nº 9.455/97 não permite tal entendimento. A análise da referida lei determina a conclusão de que o legislador optou por construir crimes comuns, o que é conferido pela simples leitura do artigo 1º³⁹, 4º, inciso I.

Crime de tortura — Crime próprio — Agente público — Vítima sob a sua guarda, poder ou autoridade — Interpretação — convenções internacionais de Direitos Humanos — Norma de “status” constitucional — Desclassificação — Crime de maus tratos qualificado — Impõe-se a desclassificação do delito de tortura, capitulado na Lei nº 9.455/97, para o crime de maus-tratos, na forma qualificada, previsto no art. 136, S 1º, c/c S3º, do CP, por se tratar aquela infração de crime próprio, que somente poderá ser cometido por agente público que esteja com a vítima sob sua guarda, poder ou autoridade, segundo a interpretação que se faz de normas embutidas em convenções internacionais de direitos humanos, do qual o Brasil é signatário, as quais possuem status de norma constitucional e se acham integradas automaticamente ao ordenamento jurídico interno, não se inserindo nesta categoria de pessoas a mãe do infante que o tenha agredido fisicamente (TJMG — Acr 000.268.999-0/00 - 2ª C. Crim. — Rel. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro 07.11.2002).

Tratando-se do sujeito passivo, existe correlação com o sujeito ativo. Sujeito passivo é aquele que se encontra sob a guarda, poder ou autoridade do agente, e é submetido à conduta descrita no tipo penal, geralmente, filhos, alunos, doentes, tutelados, curatelados, empregados, presos, e pessoas submetidas à medida de segurança.

A respeito do dolo, esse é determinado na livre vontade e consciente de praticar a conduta expressa na figura penal. Assim, é a imposição por meio de violência ou grave ameaça, intenso sofrimento físico ou mental a vítima.

³⁹ Art. 1º Constitui crime de tortura:

II- submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma da aplicar castigo pessoal de caráter preventivo.

De acordo com o entendimento majoritário, entendemos que não é indispensável a figura do Poder Público na posição de sujeito ativo de todas as modalidades de tortura. A diferença entre tortura-castigo e o crime de maus tratos deve ser feita com base no dolo do agente.

Dessa forma, se a intenção do agente for referente à educação, tratamento à vítima, o crime será do artigo 136⁴⁰ do Código Penal, mesmo que haja excesso dos meios utilizados, para aquela finalidade. Mas, se a finalidade for relacionada ao sofrimento físico ou mental, o crime será tipificado com tortura.

Relacionado ao dolo, existe um especial fim de agir. Portanto, não basta somente o dolo com que o agente atua, sendo necessário que o torturador tenha a finalidade de aplicar o castigo pessoal ou uma medida de caráter preventivo na vítima (*animus corrigendi*).

O primeiro caso ocorre quando a vítima pratica uma conduta e, é considerada como merecedora de tortura. No segundo caso, o agente quer que a vítima omita certa conduta considerada merecedora de censura.

O crime se consuma, quando ocorre o intenso sofrimento físico ou mental suportado pela vítima. Comparando o inciso II e o I, percebe-se a falta, no primeiro caso do predicado “intenso”, que constitui o elemento normativo do tipo, o que além de todos os juízos de valores exigidos pelo tipo penal, o magistrado deverá a intensidade do sofrimento da vítima. Verificamos o excesso de abertura do tipo penal que o toma inexato.

A tentativa surge quando por circunstâncias alheias à vontade do agente, a prática da violência ou grave ameaça não chega a causar o sofrimento descrito no artigo. Quando, iniciada a prática da tortura o agente cessa seus atos, por circunstâncias alheias a sua vontade. Essa espécie de tortura também é denominada de crime próprio, pois exige especial condição do sujeito ativo.

Já em relação ao §1 do artigo 1⁴¹, a tortura determina-se na prática de ato ilegal que causa em preso ou internado, sofrimento físico ou mental.

O sujeito ativo será a pessoa que tem preso ou alguém submetido à medida de segurança detentiva sob sua custódia. Geralmente, o carcereiro, podendo ser

⁴⁰ g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;

⁴¹ § 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

sujeito ativo o médico, o enfermeiro ou qualquer outro funcionário de casa manicomial, tratando-se de crime de natureza própria.

Essa prisão em que a vítima se encontra pode decorrer de sentença condenatória transitada em julgado ou de prisão provisória, civil, administrativa ou disciplinar.

Medida de segurança é destinada aos inimputáveis ou semi-inimputáveis (artigo 26⁴² e seu parágrafo único e artigo 96⁴³ e seguintes do Código Penal).

O sujeito passivo poderá ser qualquer preso ou pessoa submetida a medida de segurança detentiva. Dessa forma busca-se proteger a norma em relação à dignidade, à integridade física e psíquica daqueles que se encontrem sob custódia do Estado, em razão de prisão ou imposição de medida de segurança detentiva⁴⁴.

No §2º, artigo 1º⁴⁵, o legislador prevê duas condutas típicas, relacionadas à omissão, tratando-se de duas modalidades de tortura imprópria, denominadas assim, pois derivam de um dos crimes de tortura tipificadas nos dispositivos anteriores.

Na primeira apresentada, pune-se o ato de não evitar a prática de qualquer das modalidades de tortura previstas nos tipos penais. Na segunda, pune-se a não apuramento da tortura praticada por outra pessoa.

No primeiro caso, existe a necessidade de que o sujeito ativo esteja na posição de garantidor, estando constituído para a não produção do resultado. No segundo, há a necessidade de que o agente esteja em posição hierárquica superior, tendo o dever de apurar os fatos, assim, que tomar ciência deles.

⁴² Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

⁴³ Art. 96. As medidas de segurança são:

I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado; II - sujeição a tratamento ambulatorial.

Parágrafo único - Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta.

⁴⁴ O inciso XLIX, do artigo 5º da Constituição Federal, assegura aos presos o respeito a integridade física e mental.

O Código Penal em seu artigo 38, disciplina em relação aos direitos dos presos.

⁴⁵ Art. 1º Constitui crime de tortura:

§20 Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de I a 4 anos.

Tratando-se da omissão, em relação àquele que tem o dever de evitar o ato ilícito, ressaltamos que a posição de garantidor do direito encontra-se explícitas no artigo 13⁴⁶, e suas alíneas, do Código Penal. O artigo 12 do Código Penal considera que as regras do Código aplicam-se aos fatos incriminados pelas leis especiais, de modo que estas não disponham de modo diverso. Assim, verifica-se que a primeira parte do artigo é dispensável, pois, mesmo não existindo norma especial, o agente responderia pela prática omissiva imprópria do tipo penal, em qualquer das modalidades previstas.

Ao tipificar a conduta apontada na primeira parte do dispositivo, o legislador criou um crime omissivo próprio, comparado ao que ocorre com o delito de omissão de doença, previsto no artigo 269^{do} Código Penal. Desta maneira, o legislador ao tipificar a tortura de forma omissiva agiu de maneira displicente, causando um grave erro, e agravou esse erro ao impor a pena de 1 a 4 anos de detenção, enquanto a prática comissiva de tortura é punida com pena de 2 a 8 anos de reclusão.

Deste modo, o legislador brasileiro não distinguiu o ponto de vista relativo à gravidade, nas práticas comissivas e omissivas dos delitos. Ao contrário do que se estabeleceu no artigo 13, §2º, que equipara as condutas comissiva e omissivas, vindo à tona o equívoco do legislador, que ao fazer a distinção na lei especial, o que a lei fundamental não distinguiu, colocando em divergência o sistema penal.

No artigo 5º, inciso XL111⁴⁷, da Constituição Federal, explica que responderão pelo crime os que, podendo evitar, se omitirem. Não justifica o entendimento do legislador, pois o dispositivo abrange, também, os mandantes, que não foram inseridos no tipo estudado.

⁴⁶ Art. 13 O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

§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

⁴⁷ 68XLIII - 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;

Nesses casos, em relação à omissão ou ao mandante, a tipicidade seria realizada, combinando o artigo da Lei de Tortura com o artigo 13, S2º e uma de suas alíneas; ou com o artigo 29⁴⁸, todos do Código Penal.

É importante verificar que o dever de agir para evitar a tortura pressupõe o poder de agir, visando impedir a prática do crime. Assim, é indispensável que o agente público esteja presente na cena do crime, ou, que ciência prévia da prática do delito, para que tenha a chance de evitá-lo. A impossibilidade de agir, torna a conduta atípica.

Dessa forma, não sendo encontrado o perigo constante, ou se o indivíduo não tiver ciência prévia da tortura que vai ocorrer, não pode ser atribuído o dever de agir para evitá-la.

A segunda modalidade referente à omissão prevista no artigo relaciona-se a omissão da autoridade que tem o dever de apurar ou determinar a apuração da tortura de que teve conhecimento. Na falta do tipo penal estudado, responderia o agente que se omitiu por prevaricação (artigo 319⁴⁹) ou por condescendência criminosa (artigo 320⁵⁰) ambos do Código Penal, crimes praticados por funcionário público contra a Administração.

A tortura qualificada pelo resultado é determinada no §3⁵¹ do artigo inaugural, punidas a título de preterdolo. Desta maneira, a tortura é punida a título de dolo e o resultado qualificador em relação à culpa.

Se da prática da tortura o resultado for lesão corporal grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de 4 a 10 anos. Se o resultado for morte, a pena de reclusão de 8 a 16 anos. Se a lesão for de natureza leve, esta será absorvida pela tortura simples.

⁴⁸ Art. 29 Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§1º Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§2º Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste, essa pena ser; aumentada até a metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

⁴⁹ Art. 319- Retardar ou deixar de praticar ato, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

⁵⁰ Art. 320 deixar o funcionário por indulgência de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente

Pena – detenção, de 15(quinze) dias a 1(um)mês, ou multa.

⁵¹ §3º Se resulta lesão de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos; se resulta em morte, a reclusão é de 8 (oito) a 16 (dezesesseis) anos.

No parágrafo §4⁵² do artigo 1º, são disciplinadas as causas de aumento de pena, denominadas de majorantes, com parâmetro entre 1/6 (um sexto) e 1/3 (um terço). Essas causas aplicam-se às modalidades de tortura previstas na Lei, devendo ser inserida na fase de fixação da pena.

Tratando do inciso I, há de ter cautela com os tipos penais que exigem a condição especial de ser o indivíduo agente público, como a modalidade do artigo 1º, parágrafo 1º. Aplicar essa causa de aumento configuraria bis in idem, não tolerado no Direito Penal, visto que a qualidade de agente público constitui elementar do tipo.

⁵² §4º Aumenta-se a pena de 1/6 (um sexto) até 1/3 (um terço):

I — Se o crime é cometido por agente público;

II — Se o crime é cometido por criança, gestante e adolescente; III — se o crime é cometido mediante sequestro.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho abordou o tema da tortura em relação à dignidade da pessoa humana, seu amparo na Constituição Federal, sua historicidade, tipologia, bem como algumas posições doutrinárias e de alguns tribunais brasileiros. No início, tratou-se da parte histórica da tortura, desde a Idade Média até o período da Ditadura Militar Brasileira.

A tortura é algo muito comum na sociedade. Antigamente era usada como meio de prova, obtendo seu auge na Idade Média. Esta prática delitiva foi introduzida pelo Direito Canônico e perdura até os dias atuais. Assim, nota-se que a história é marcada por inúmeros desrespeitos aos direitos humanos fundamentais

O estudo mostrou o que constitui a tortura frente aos períodos históricos; o seu desenvolvimento no âmbito mundial; a sua aceitação perante a sociedade e a igreja; e o início do seu repúdio através de Cesare Beccaria.

Foram estudadas as Convenções recepcionadas pelo Estado Brasileiro, que serviram como base para o repúdio a esse ato cruel. A própria Constituição Federal de 1988 faz menção em seu artigo 5^o, inciso III. Que posteriormente, foram alicerces para a edição da lei objeto desse estudo.

Dessa forma, a tortura tem sua definição de uma forma muito abrangente, pois envolve nessa definição, o tormento, o sofrimento, o mal, a angústia, e vários outros males que atingem a integridade física e moral da pessoa humana.

A partir do século XVIII, através dos ideais iluministas, começou uma caminhada com a finalidade de abolir a tortura, com grande destaque para a obra; *Dos Delitos e Das Penas*, de Cesare Beccaria.

Posteriormente o Brasil ratificou a Convenção contra Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. Dessa forma, mostrou ao mundo a sua preocupação em tipificar esse ato tão comum.

Mas foi com a edição da Lei nº 9.455/97 que o Estado brasileiro fez sua última tentativa de restabelecer a ordem social, no tocante a esse ato sujo e cruel.

Esta lei visa à proteção da dignidade da pessoa humana. Assim, quando houver atentado à integridade física ou psíquica da vítima, ocorrerá uma violação aos direitos humanos, pois houve violação aos bens jurídicos tutelados.

Quando se observa os direitos e garantias fundamentais, compreende-se que não existem direitos e garantias absolutos. Mas a tortura se desprende dessa interpretação, pois o direito de não ser submetido a tortura, constitui um direito fundamental absoluto, que não pode comportar nenhuma exceção.

Foi estudado também o conceito de tortura e as várias formas de sua manifestação, bem como as divergências dos doutrinadores penalistas acerca do tema.

Analisou-se também e interpretou-se a legislação especial, com seus aspectos doutrinários, examinando-se os mandamentos constitucionais existentes, a Lei dos Crimes Hediondos e os Tratados Internacionais respectivos, adentrando na legislação comparada e destacando as peculiaridades dessa Lei.

Com a interpretação da Lei, verifica-se que o legislador, além do sujeito ativo do crime, também responsabiliza aqueles que detiverem sob sua guarda pessoa submetidas a esse tormento, e também, a autoridade que tinha o dever de apurar a infração e acabou por se omitir.

Geralmente, antes da análise da Lei referida, assimila-se a tortura somente com a finalidade de obter informação, declaração ou confissão de uma pessoa ou como forma de castigo pessoal. Porém, a legislação em seu texto também disciplina outras finalidades, das quais se destacam: provocar a ação ou omissão de algum crime, em razão de discriminação racial ou religiosa ou como medida de caráter preventivo.

Foi de extrema importância o papel que o legislador ordinário desenvolveu em relação à tipologia da tortura, pois, nesse parâmetro, acabou por equiparar quaisquer dos tipos existentes. Assim, seja a tortura de forma física ou psicológica a tipificação será a mesma.

Em relação às vedações e benefícios impostos na lei, é vedada a concessão de anistia e graça, e também o direito à fiança. Percebe-se, assim, que o legislador calou-se no tocante ao indulto, gerando grande repercussão no sistema jurídico. Diante desse fator, o indulto é uma espécie de graça. Mas de acordo com os princípios do direito, isso causaria analogia in malam partem, causando enorme prejuízo ao réu, algo não aceito no Direito Brasileiro.

No tocante aos efeitos advindos de uma condenação, existem dúvidas referentes à perda do cargo, função ou emprego público, pois a própria lei, não é

esclarecedora se esse efeito é automático ou será preciso motivação na sentença. O efeito é automático, pois a lei especial prevalecerá sobre a lei geral. Desta forma, como o legislador não pronunciou nos artigos que classificam a tortura, tais efeitos serão aplicados nos torturadores por ação, e, para os torturados, por omissão.

Por fim, foi analisada a parte processual, tratando do tema relativo à competência e aos tipos do crime, da extrema dificuldade da prova penal nesse tipo de crime, que geralmente é praticado de forma clandestina, e abordando importantes temas como: liberdade provisória, a graça, a anistia e progressão de cumprimento de pena.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BIAZEVIC, Daniza Maria Haye. **A história da tortura**. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/8505/a-historia-da-tortura>. Acesso em: 15 mar. 2020.

BIERRENBACH, Sheila; LIMA, Walberto Fernandes. **Comentários à Lei de tortura, aspectos penais e processuais penais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**. V. 2. Editora Saraiva. São Paulo, 2002.

BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. 3. ed. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BRASIL. Código de Processo Penal: **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De13689.htm>. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 mar. 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal - Legislação Penal Especial**. 5 ed. Vol. 4 São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007

CAPEZ, Fernando. **Direito penal: Parte Geral**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CAPEZ, Fernando. **Legislação penal especial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CIRENZA, Cristina de Freitas; NUNES, Clayton Alfredo. **Convenção contra a tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes e convenção interamericana para prevenir punir a tortura**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/tratad010.htm>> Acesso em: 06 maio 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 8 ed. São Paulo; Saraiva, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história de violência nas prisões**. 37. ed. Petrópolis: vozes, 2009.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanchez. **Legislação criminal especial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito penal - comentários à convenção americana sobre direitos humanos**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Legislação penal especial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONZAGA, João Bernardino. **A inquisição em seu mundo**. 5. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 1993.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Minidicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro, 2004.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. V. 5. Editora Forense. Rio de Janeiro, 1979.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 11. ed. São Paulo: Método, 2006.

MATTOSO, Glauco. **O que é tortura**. São Paulo: Nova Cultural, Brasiliense, 1986.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais**. 7. ed. São Paulo; Editora Atlas S.A, 2006.

NORONHA, Magalhães. **Direito penal**. V. 2 e 4. Editora Saraiva. São Paulo, 1986.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana Doutrina e Jurisprudência**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Erival da Silva. **Direito constitucional direitos humanos**. 2. tiragem. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PETERKE, Sven. **A convenção da ONU contra a tortura — e nós**. *Jornal Constituição e democracia*. UNB/ Sindjus DF. Nov/ Dez. 2006, p. 16/18.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. São Paulo; Saraiva, 2019

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. São Paulo; Saraiva, 2010.

PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. v 2. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo. 2000.

ROZA, Adriana de Andrade. **Tortura: um estudo crítico de sua digressão histórica.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4462>>. Acesso: 1 out. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. **A convenção americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro.** 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de história do direito.** 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.