UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO

DO CONTROLE JUDICIAL
DA TORTURA INSTITUCIONAL
NO BRASIL HOJE

À luz do direito internacional dos direitos humanos

Doutorando: LUCIANO MARIZ MAIA

Orientador: Prof. Doutor Eduardo Ramalho Rabenhorst

Recife 2006

LUCIANO MARIZ MAIA

DO CONTROLE JUDICIAL DA TORTURA INSTITUCIONAL NO BRASIL HOJE

À luz do direito internacional dos direitos humanos

Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito Público.

Orientador: Prof. Doutor Eduardo Ramalho Rabenhorst

Recife 2006

M217c

Maia, Luciano Mariz
DO CONTROLE JUDICIAL DA TORTURA INSTITUCIONAL NO BRASIL À luz do direito internacional dos direitos humanos/ Luciano Mariz Maia – Recife, 2006.

403 f.; 30 cm.

Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, 2006.

1. Direitos Humanos. 2. Cidadania. 3. Tortura.

CDU 342.7 (100)

ABSTRACT

This thesis examines the role of the Judiciary to control torture practised by State agents. Assuming that torture affects the administration of justice (as it interferes in the way confessions and information are obtained, and in the way sentences are served by prisoners and inmates), the study identifies difficulties to have norms effectively enforced, criminalising its practice, as far as impunity is widespread. Torture is characterised by being invisible, unspeakable, uninvestigated and impunishable. It is a crime of opportunity, being rational, functional and effective, stemming from an inquisitorial model of investigation, which creates the environment favourable to is practice and impedes its investigation and punishment. This work benefits from the theoretical approach furnished by the crime opportunity theories to analyse the rationality of the recommendations delivered by United Nations organisms addressing the Brazilian government, towards an effective combat to torture. The research also takes as theoretic basis the so called 'legal guarantism' (provided by Constitutional Law, Criminal Law and International Human Rights Law), and the jurisprudencial creation of judicial integrity, to point out challenges which organs and mechanisms of external control and oversight of the police and the penitentiary system have to face, in its struggle to make effective a judicial control of torture in Brazil, today. Finally, the thesis adopts a victim-oriented point of departure, reviewing its role in the criminal process, and empowering it.

Keywords: Torture, ill-treatment, human rights.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABI – Associação Brasileira de Imprensa

ACAT - Ação Cristã pela Abolição da Tortura

Acr – Apelação Criminal

AI – Ato Institucional

AI – Anistia Internacional (Amnesty International)

AP Apelação

APC Apelação Cível

APCR Apelação Criminal

APT - Association for the Prevention of Torture

Art. – Artigo

C. Câmara (órgão fracionário de um tribunal)

C. Cível Câmara Cível

C. Crim. Câmara Criminal

CAT – Comitê Contra a Tortura

CDH – Comissão de Direitos Humanos

CIADH Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CNPCP - Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária

CPP – Código de Processo Penal

CPT - Comitê para Prevenção da Tortura (Europeu)

DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional

Des. Desembargador

D.J.U. – Diário de Justiça da União

DL – Decreto-Lei

D.O.E. Diário Oficial do Estado (vem seguido da sigla do Estado da Federação)

DOI-CODI - Destacamento de Operações e Informações do Centro de Operações de Defesa Interna

DOPS – Departamento de Ordem Política e Social

D. O. U. – Diário Oficial da União

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

ECOSOC - Economic and Social Council

Ed. - Edição

FIDH - Fédération Internationale des Droits de l'Homme

FUNPEN – Fundo Penitenciário

GAJOP - Gabinete de Assessoria Jurídica a Organizações Populares

GTNM – Grupo Tortura Nunca Mais

HRW - Human Rights Watch

HC Habeas Corpus

Inc. – Inciso

J. ou Julg. Julgado em

LEP – Lei de Execução Penal

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

OEA – Organização dos Estados Americanos

OMS – Organização Mundial da Saúde

ONGs – Organizações Não-Governamentais

ONU – Organização das Nações Unidas

Org. – Organizador

Min. Ministro

MNDH – Movimento Nacional de Direitos Humanos

MP – Ministério Público

N.A – nota do autor

Pág. - Página

PIDCP – Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

PRODASEN – Processamento de Dados do Senado Federal

PROVITA – Programa de Proteção a Vítimas e Testemunhas

Pub. Publicado em

RE Recurso Extraordinário

Rel. Relator

REsp – Recurso especial

RHC Recurso em Habeas Corpus

ROMS - Recurso Ordinário em Mandado de Segurança

STJ – Superior Tribunal de Justiça

T. Turma (1ª, 2ª, 3ª, etc. órgão julgador fracionário do Tribunal)

TA Tribunal de Alçada (normalmente seguidas das siglas dos Estados da Federação, por vezes antecipadas estas pela especialização do Tribunal – TACRIM Alçada Criminal))

T.Crim. Turma Criminal (antecipado da numeração do órgão fracionário: 1ª, 2ª, etc.)

TJ – Tribunal de Justiça (normalmente seguidas das siglas dos Estados da Federação, ou do Distrito Federal. Ex.: TJSP Tribunal de Justiça de São Paulo; TJDF Tribunal de Justiça do Distrito Federal)

TRF – Tribunal Regional Federal

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

USSC United States Supreme Court

USP – Universidade de São Paulo

Vol. - volume

Sumário

Dedicatória
Agradecimentos
Lista de Abreviaturas e Siglas
Resumo
Abstract

Introdução 01

1ª Parte: Aspectos Criminológicos (antecedentes históricos e sociais) e Dogmáticos 23

1. Tortura: dos Estados Nacionais que colonizaram o Brasil à sua institucionalização e prática 24
2. As denúncias de tortura contra o regime militar no Brasil 53
3. A Constituinte de 1988, a proibição da tortura na Constituição e as denúncias de tortura em um Brasil democrático 59
4. Considerações criminológicas sobre a tortura: algumas conclusões 77
5. Aspectos dogmáticos: De circunstância agravante a delito autônomo: a criminalização da tortura 89
6. A tortura no Direito Internacional dos Direitos Humanos 105
7. A Tortura na Lei 9.455/97 110
7.1 Elementos objetivos da tortura 112
7.1.1 Constranger 112
7.1.2 Submeter 117
7.1.3 Violência(s) 123
7.1.4 Grave ameaça 138
7.1.5 Sofrimento (intenso) 140
7.1.6. Subjugação de preso ou de internado a ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal 148
7.1.7 Omissão de evitar ou apurar tortura 168
7.2 Elementos subjetivos 175
7.2.1 Dolo 176
7.2.2 Propósitos (motivação) 178
7.2.2.1 Obtenção de Confissão 178
7.2.2.2 Obtenção de informação ou declaração 188
7.2.2.3 Para provocar ação ou omissão de natureza criminosa 189
7.2.2.4 Em razão de discriminação racial ou religiosa 190
7.2.2.5 Como forma de castigo pessoal 201
7.2.2.6 Como medida de caráter preventivo (Intimidação) 203
7.3 Sujeito(s) ativo(s) (agentes agressores) 207
7.4 Sujeito(s) passivo(s) (vítimas de tortura) 207
7.5 Fiança 212
8. O Problema da investigação e da prova da tortura 215
8.1. A quem dirigir a alegação de prática de tortura 216
8.2. Quem decide iniciar uma investigação 217
8. 3. A quem incumbe provar a tortura 219
8.4 Quem decide que provas produzir 224
8.5. Como produzir provas da tortura 226
8.6. Prova indiciária 231
9. Avaliação crítica: (des)construindo a impunidade 233
9.1 Não investigação da tortura: Razão da ausência de prova 233
9.2 Tortura: crime comum ou crime próprio de agente público? 235
9.3. Tortura como crime comum: conseqüências 247

2ª Parte: Por uma Política Criminal de Combate à Tortura 269

1. Conceito de Política Criminal 270
2. Pressupostos de princípios informadores de uma Política Criminal em um Estado Democrático de Direito 275
3. Recomendações do Relator Especial da ONU Contra a Tortura: organização temática 279
4. Recomendações do Relator contra a Tortura à luz da Teoria das Oportunidades para Prática de delito 289
5. Recomendações como diretrizes: teoria e prática no combate à tortura 297
6. Aumentar a dificuldade para a prática de um crime 298
6.1 Recomendação 2 – Cessar abuso prisão 298
6.2 Recomendação 3 – Só 24 hs nas delegacias 302
6.3 Recomendação 5 – Informação sobre direitos do preso 303
6.4 Recomendação 6 – Registro detalhado da custódia 304
6.5 Recomendação 7 – Prisão provisória não em delegacia 305
6.6 Recomendação 11 – Proteção a vítimas e testemunhas 306
6.7 Recomendação 15 – Penas alternativas à prisão 306
6.8 Recomendação 16 – Penas menores 308
6.9 Recomendação 17 – Defensores públicos desde momento da prisão 309
6.10 Recomendação 18 – Visitas regulares de conselhos ao sistema prisional 312
6.11 Recomendação 21 – Exame por um médico 318
6.12 Recomendação 22 – Independência da perícia médica 322
6.13 Recomendação 23 – Redução da superpopulação carcerária 323
7. Aumentar risco de punição 325
7.1 Recomendação 1 – Visitas surpresa, suspensão funções 325
7.2 Recomendação 4 – Acesso dos familiares 327
7.3 Recomendação 8 – Gravação da confissão em vídeo 329
7.4 Recomendação 9 – Alegação de tortura: inversão ônus prova 332
7.5 Recomendação 10 – Investigação prontamente: exame padrão conduta 334
7.6 Recomendações 12 – Denunciar por tortura e 13 – Investigação por órgão independente 336
7.7 Recomendação 14 – Juiz de Instrução 339
7.8 Recomendação 15 – Judiciário monitorando condições prisionais 340
7.9 Recomendação 19 – Unificação das polícias 341
7.10 Recomendação 21 – Exame por um médico 342
7.11 Recomendação 22 – Independência da perícia médico-legal 343
7.12 Recomendação 24 – Monitoramento externo do sistema 343
7.13 Recomendação 26 – Federalização dos crimes contra direitos humanos 344
7.14 Recomendação 28 – Direito de petição individual ao CAT 348
7.15 Recomendação 29 – Convite ao Relator Especial para Execuções Sumárias 349
8. Redução de recompensa 351
9. Remoção de desculpas 353
9.1 Recomendação 20 Delegacias serviço ao público 353
9.2 Recomendação 23 Redução superpopulação carcerária 354
9.3 Recomendação 25 Capacitação e treinamento servidores 355
9.4 Recomendação 27 Financiamento federal para adequar sistema 355
9.5 Recomendação 30 Fundo Voluntário da ONU para vítimas convidado a assistir o Governo brasileiro 357
10. Avaliação Crítica Lutando contra a tortura 358
Conclusões 362
Anexos 369
Referências 371

INTRODUÇÃO

O fenômeno da tortura, e da violência que, ordinariamente, a envolve e caracteriza, exige análise multi e transdisciplinar, em face da complexidade de que se reveste. A permanência sistemática e generalizada dessa prática desafia e corrói a democracia, e agride, desde os fundamentos, o Estado Democrático de Direito.

Os motivos pelos quais incide a prática da tortura no Brasil e os resultados obtidos por essa conduta afetam fortemente o exercício das funções do Poder Judiciário. A ocorrência da tortura se verifica fundamentalmente em dois momentos marcantes. O primeiro se dá na fase pré-processual, como meio utilizado pelas forças de segurança para obtenção de informações ou confissões. Como tais informações e confissões são inseridas como peças de inquéritos policiais, terminam contaminando a instrução criminal, sobre a qual se debruçarão Ministério Público e Judiciário.

O segundo momento mais importante ocorre quando pessoas presas ou detidas – à disposição da justiça – são submetidas à tortura ou ao tratamento desumano, degradante ou cruel. Essa nova fase se dá durante o período em que aguardam julgamento ou quando já cumprem sentenças. Em tais situações, o modo como permanecem presas, e as situações concretas de danos que sofrem, ou do risco de sofrê-las, maltratam o devido processo legal e o Estado de Direito.

Nos dois momentos acima relatados, a incidência da tortura afeta diretamente a administração da justiça. Na fase pré-processual, alterando, de modo ilícito, a maneira como provas são carreadas aos autos, destruindo o direito penal como garantia do cidadão de se ver acusar e punir segundo um devido processo legal. Na fase subseqüente, infligindo penas e punições não autorizadas por lei, e mesmo contrárias à lei.

Nada obstante a absoluta vinculação do Judiciário à questão, seus órgãos estão longe de adquirir consciência do seu papel na prevenção e no combate à tortura. Hoje, o Judiciário não consegue ser uma garantia efetiva contra a tortura. Observa-se que em todas as fases de intervenção do sistema de justiça e segurança há

falhas graves que exigem superação. Primeiramente, há sub-notificação das ocorrências de tortura. Em segundo lugar, quase nunca as alegações são investigadas. Terceiro, quando ocorrem investigações, as conclusões da polícia ou do Ministério Público desclassificam as alegações, atribuindo-lhes outra natureza (lesões corporais, abuso de autoridade etc.). Quarto, não há quase condenações.

A pergunta que perpassa a presente tese é por que se tortura, e por que é tão difícil combatê-la no Brasil. Indagações complementares, tais como, por que há tão pouca investigação, por que há ainda pouca denúncia por tortura, e por que não há condenação, igualmente se impõem.

Certamente, não há uma única resposta para todas as questões. Há vários modos de entender e explicar por que o fenômeno permanece. Quando se compreende que a questão da tortura envolve relações de poder, fica fácil entender por que as coisas são como estão.

No estado de coisas atual, a tortura se caracteriza por ser um fenômeno invisível, indizível, insindicável e impunível, do ponto de vista do sistema de justiça e segurança.

Que fazem o Ministério Público e o Judiciário diante dessa realidade? Por que lhes é tão difícil cumprir seus papéis de garantes do Estado de Direito e assegurar a todos proteção na lei e nos fatos, contra a tortura? O modo como essas instituições respondem ao fenômeno da tortura é o objeto das atenções do presente estudo.

No contexto da hipótese geral da incompatibilidade do uso da tortura para obter confissão e informação, ou impor castigos, em um Estado Democrático de Direito, duas hipóteses centrais foram investigadas. A primeira pretende identificar em que medida os fatores circunstanciais – ambientais, relacionais, motivacionais etc. – exercem influência para ocorrência da tortura. Dizendo de outro modo, investiga-se a tortura como um crime de oportunidade, pois ela é caracterizada por ser prática racional, funcional e eficaz, resultante de um modelo inquisitorial de investigação criminal, que cria um ambiente propício para a tortura e impede que seja esta investigada, comprometendo, desse modo, o sistema acusatório judicial.

Dados levantados pelo Relator Contra a Tortura e pelo Movimento Nacional de Direitos Humanos, em sua campanha SOS Tortura, evidenciaram algo simples e objetivo: quem mais tortura é a polícia (civil e militar), em contexto de investigações criminais e detenções. E tortura porque entende que esse método de obtenção de confissão e informação funciona, é eficaz, dá resultados. Sua prática, portanto, atende a critérios racionais e utilitaristas (por parte de quem tortura), absolutamente pragmáticos. Disso decorre uma conclusão imediata: como quem tortura é, também, responsável por investigar sua prática, não ocorre investigação, e, portanto, tudo o mais permanece impune.

A segunda hipótese trabalha com a idéia de os profissionais de direito – notadamente juízes, promotores e advogados – por um lado, não compreendem inteiramente as obrigações que lhes são impostas pelas normas internacionais de direitos humanos e pela Constituição, ao lhes depositarem deveres de garantir a vida, a liberdade, a integridade física e moral das pessoas presas ou detidas, e, por outro lado, não revelarem ter inteiro domínio do que vem a ser o delito de tortura, *vis a vis* outras figuras típicas puníveis. Aquelas obrigações requerem desses atores, individualmente e de suas instituições em geral, a adoção de políticas públicas, conducentes à efetiva garantia, na lei e nos fatos, da liberdade contra a tortura. E exigem mudança da postura atual – burocrática, descomprometida, passiva – para um novo modo de cumprimento dos seus papéis, em que a prevenção seja a tônica que impeça a prática de ocorrer, ou, não impedindo, fortaleça mecanismos de sua persecução e final punição.

O texto aborda – embora sem a profundidade reservada às análises da ciência política e da sociologia, o problema do déficit democrático (ou por outra, e usando as expressões de Paulo Sérgio Pinheiro e Nancy Cárdia, a continuidade autoritária[1]) e a

[1] A pesquisa "Continuidade Autoritária e Construção da Democracia", levada a efeito pelo Núcleo de Estudos da Violência (USP), à frente o professor Paulo Sérgio Pinheiro, junto com Nancy Cárdia e Sérgio Adorno, teve como objetivo principal examinar o papel das violações dos direitos humanos, no processo de democratização do Brasil. O projeto investigou a hipótese de que a continuidade das violações dos direitos humanos minam a construção de uma cidadania universal, ao tempo em que desacreditam as instituições incumbidas do sistema de justiça e segurança. A conseqüência seria a produção de uma "cidadania restrita", marcada pela não institucionalização dos conflitos sociais, e pela normalização da violência, pela violação dos direitos humanos e reprodução da estrutura de poder.

A pesquisa apontou que, não obstante os avanços democráticos trazidos pela Constituição de 1988, por alterações legislativas significativos, não se deu a efetiva instauração do Estado de Direito, por não ter o poder político assegurado o monopólio do uso legítimo da violência física, dentro dos limites da legalidade. A falta de controle da violência se tornou evidente pelo

questão do racismo e discriminação no sistema de justiça e segurança. Como observa Paulo Sérgio Pinheiro, "a continuidade das violações ocorre porque o Estado se omite em puni-las"[2]. Entretanto, contribuição maior é dada à questão de aprofundar a compreensão dos elementos normativos contidos nos tipos normativos que constituem o crime de tortura – muitos dos quais ainda não suficientes analisados pelos juristas – articulando tais saberes com lições necessárias aprendidas da criminologia, em especial da política criminal.

O déficit democrático – ou a continuidade autoritária – por um lado, somado ao preconceito e racismo que perpassam toda a estrutura do sistema de justiça e segurança, ajuda a reconstruir o quadro em que os atores operam. Esses dois aspectos serão mencionados, embora sem a profundidade exigida do cientista político e do sociólogo.

Sob um prisma mais dogmático-jurídico, a falta de compreensão dos elementos normativos do tipo tortura, em especial do papel da dor e do sofrimento, no contexto das relações de poder, pode também explicar a permanência do problema no horizonte de impunidade em que se cerca.

Várias indagações complementares procuraram ser formuladas e pretendem ter sido respondidas ao longo do presente estudo. Qual o impacto sobre o sistema acusatório, pelo modelo de investigação adotado, que cria o ambiente para a tortura e impede sua investigação? Esse modelo inquisitorial não reforça uma continuidade autoritária? Uma ausência de mecanismos eficazes de controle da atuação da polícia não gera riscos de abuso? A ausência de salvaguardas processuais não aumenta o risco de ocorrência da tortura, ao permitir a manutenção de ambiente

restrito campo de atuação dos grupos organizados da sociedade, da perseverante impunidade dos agressores, pela ausência de controle efetivo do aparato repressivo do Estado. No controle social, implementado pelo Estado, persistiram as graves violações aos direitos humanos, por agentes do Estado, sendo tal estratégia institucional considerada normal, no enfrentamento da criminalidade.

No que pertine aos fatores encontrados no aparato judicial, seu conservadorismo, e sua estrutura corporativa rígida, decorrente de um estilo patrimonialista da administração pública, permitiram a consolidação de um sistema de justiça criminal que restringe direitos, e é incapaz de manter a ordem e reprimir a criminalidade nos limites da legalidade, em uma sociedade democrática. PINHEIRO, Paulo Sérgio, CARDIA, Nancy, ADORNO, Sérgio, e col. **Continuidade Autoritária e Construção da Democracia**. Relatório Parcial de Pesquisa (São Paulo, Núcleo de Estudos da Violência da USP, 1995).

[2] PINHEIRO, Paulo Sérgio, CARDIA, Nancy, ADORNO, Sérgio, e col. **Continuidade Autoritária e Construção da Democracia**. Relatório Parcial de Pesquisa (São Paulo, Núcleo de Estudos da Violência da USP, 1995).

propício à sua prática? Não terá o Judiciário criado mitos, ao querer ter o inquérito policial como peça “meramente” informativa, e, ao considerar o interrogatório do indiciado ou acusado como “ato de autoridade”? Em que medida a falta de clareza conceitual efetivamente dificulta a compreensão do tipo penal tortura, produz desclassificação, restringe obtenção de prova e serve como escusa para a impunidade? Qual o impacto sobre o sistema de justiça e segurança manter com o torturado o ônus do provar a tortura? Em que medida a ausência de investigação conduz à impunidade? Há racismo e discriminação sistêmica no Judiciário e no Ministério Público?

A presente tese se propõe a oferecer reflexões que contribuam para a elucidação do conteúdo normativo do tipo penal tortura, permitindo que esse fenômeno seja visível e dizível. É objetivo do estudo construir um quadro geral da prática da tortura no Brasil, observando sua ocorrência, distribuição espacial, modos de execução, atores envolvidos e relações entre os mesmos, presença e modo de atuação de instituições; analisar o modo de intervenção do Judiciário (e, quando for o caso, do Ministério Público e dos advogados e defensores públicos).

Para permitir que o fenômeno seja, além de visto e dito, investigado e punido, há a necessidade de se conhecer o conteúdo das obrigações internacionais do Estado brasileiro, o que inclui obrigações de juízes e promotores, no seu papel de garantir que ninguém será submetido à tortura ou a outros tratamentos ou penas desumanos degradantes ou cruéis. Nesse sentido, será feita análise de direito comparado, articulando os saberes do Direito Internacional dos direitos humanos, com os do direito constitucional e dos direitos penal e processual penal brasileiros, no sentido de fornecer fundamentos normativos vinculantes que sirvam de justificação às decisões judiciais.

Aspecto mais inovador, do presente estudo, é aliar a reflexão dogmático-jurídica com encaminhamentos de criminologia e de políticas criminais, como decorrentes de obrigações normativas.

Com efeito, as obrigações, assumidas pelo Estado brasileiro em decorrência de tratados internacionais de direitos humanos, impõem a todos os seus órgãos (sejam

eles do Executivo, do Legislativo, do Judiciário ou do Ministério Público) deveres de asseguramento, ou seja, deveres de adotar condutas que impliquem desenvolvimento de atividades conducentes ao efetivo cumprimento de suas obrigações. No caso específico do dever de garantir que todos estejam livres da tortura, o Estado se obrigou e obrigou seus órgãos do Poder Executivo, do Poder Judiciário e do Ministério Público a desenvolverem políticas institucionais que implementem aqueles direitos.
Nessa perspectiva, foram realçados aspectos normativos e jurisprudenciais de organismos internacionais de monitoramento dos tratados internacionais de direitos humanos, que impõem condutas objetivas, definindo garantias mínimas a serem adotadas pela polícia, pelo Ministério Público e pelos juízes, como condição à prevenção contra a tortura.

Para iluminar o entendimento acerca dessas obrigações, recomendações individualizadas e concretas, formuladas por organismos internacionais de monitoramento ao Estado brasileiro, foram analisadas, quanto a seu aspecto normativo-vinculante e quanto à explicação de eficácia, à luz da criminologia ambiental.

Da criminologia ambiental, o estudo trouxe inspiração para classificar as recomendações dos órgãos internacionais de monitoramento dos direitos humanos, tornando mais claras as razões e os fundamentos práticos para sua adoção. As "Teorias das Oportunidades para Práticas de Delitos" (*Crime Opportunity Theories*), como teorias causal-explicativas, privilegiam a adoção de políticas públicas de prevenção dos delitos, ao tempo em que fornecem condições para fortalecer mecanismos de punição e reparação. Elas se baseiam em quatro pilares fundamentais: medidas destinadas a tornar mais difícil a prática do delito; medidas destinadas a aumentar os riscos de punição; medidas destinadas a reduzir as recompensas pela prática do delito; medidas destinadas a retirar as desculpas para prática do delito.

A adoção desse modelo atende a dois objetivos fundamentais: fortalecer o protagonismo das vítimas de tortura, realçar e fortalecer os papéis a serem

cumpridos pelos operadores jurídicos que atuam no sistema de justiça e segurança, nomeadamente juízes, promotores e advogados.

O estudo é estruturado em duas partes. A primeira é dedicada à breve abordagem dos aspectos criminológicos da tortura, fazendo referência aos antecedentes históricos e sociais de sua presença na lei e nos fatos, e aos aspectos normativos e dogmáticos do tipo penal tortura, examinando a evolução de mera circunstância agravante até tornar-se delito autônomo.

Assim, o Capítulo 1 trata da contextualização da situação de tortura nos Estados que colonizaram o Brasil, resgatando a memória legislativa que impactou a formação do Estado brasileiro e a construção da "classe de torturáveis"; faz menção à situação da tortura no Brasil Império; aborda essa questão no Brasil República, referindo-se, para ser mais exato, à República Velha; influência de Getúlio Vargas, com a Revolução de 30, a Ditadura instituída com o Estado Novo em 1937, até a redemocratização de 1945, e o alargamento da "classe de torturáveis", para incluir os assim chamados "inimigos do regime" ou do governo. O Capítulo 2 examina a tortura após o golpe militar de 1964, e o endurecimento do regime, com suas restrições à democracia e às liberdades fundamentais, e as denúncias de tortura, formuladas contra o regime militar. O capítulo 3 trata da redemocratização, em 1985, e da análise do processo constituinte de 1988, que reintroduziu a proibição da tortura em um texto constitucional, traz breve introdução à tipificação da tortura no Brasil, inicialmente, como crime especial, quando vitimizadas crianças e adolescentes, posteriormente, na Lei 9.455/97; incluindo, por essencial para a compreensão do fenômeno da tortura, como ocorrente hoje, denúncias de tortura em um Brasil democrático. No Capítulo 4 são formuladas algumas considerações criminológicas, à guisa de conclusões quanto aos aspectos sociológicos, comentando-se os achados.

O Capítulo 5 inicia-se com análise da evolução do tema nas constituições brasileiras, e comenta a presença da tortura no Código Penal, como modo de execução de outros delitos e circunstância responsável pelo agravamento da pena; aborda algumas semelhanças e diferenças entre elementares de alguns crimes, em que ocorre, com alguma freqüência, conflito aparente de normas (abuso de

autoridade, lesões corporais, maus tratos e outros delitos afins) . O Capítulo 6 introduz a temática do tipo penal tortura, a partir da sua previsão no Direito Internacional dos Direitos Humanos, observando as elementares, os elementos subjetivos, normativos e sua condição de delito próprio de agente público. O Capítulo 7 traz a contribuição mais relevante dessa Parte dogmática: a análise minuciosa das várias hipóteses previstas como crime de tortura, referidas na Lei 9.455/97. Aí são examinadas as condutas, seus elementos objetivos, subjetivos e normativos, com aprofundada análise jurisprudencial. Também se faz completa revisão da bibliografia sobre o tema. O Capítulo 8 é dedicado ao exame, em perspectiva, da atuação do Judiciário no controle da tortura, ou seja, analisa-se a lei em ação, examinando, em perspectiva, o modo de atuação dos tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) e de alguns tribunais estaduais, selecionados a partir da constatação pelas entidades de monitoramento das violações a Direitos Humanos, de maior incidência, nos respectivos Estados, da prática da tortura. Examina os problemas da (possível falta de) investigação e da (não) produção de prova da ocorrência de tortura. Realça a conseqüência de não se reconhecer, expressamente, que a vítima de uma violação tem direito à investigação dos fatos e autores. O Capítulo 9 encerra a 1ª Parte, com uma avaliação crítica dos achados.

A 2ª Parte aborda referenciais normativos para uma política criminal de combate à tortura. O Capítulo 1 inicia com análise conceitual do que se entende por política criminal, sendo seguido, no Capítulo 2, pela abordagem dos pressupostos informadores de uma política criminal, em um Estado Democrático de Direito. O Capítulo 3 traz a experiência internacional na prevenção, punição e reparação à tortura, a partir da atuação de organizações não governamentais, como a Anistia Internacional, e organizações governamentais, como o Comitê Contra a Tortura da Organização das Nações Unidas, o Comitê Europeu para Prevenção da Tortura, a Organização para Segurança e Cooperação na Europa – OSCE, e o Relator Especial contra a Tortura da ONU. O Capítulo 4 aborda o marco teórico, que será utilizado para análise, entendimento e explicação do fio condutor de racionalidade das experiências internacionais, particularmente, das Recomendações do Relator Especial contra a Tortura: as Teorias das Oportunidades para Prática de Delito (*Crime Opportunity Theories*), também conhecida como Abordagem Criminal

Situacional (*Situational Crime Approach*). O Capítulo 5 dedica-se ao exame do caráter e natureza das obrigações, assumidas pelo Estado brasileiro, ao ratificar tratados internacionais de Direitos Humanos, e, em particular, o caráter das recomendações do Relator contra a Tortura, apontando que as mesmas devem ser compreendidas como diretrizes para uma política criminal de combate à tortura. O Capítulo 6 inicia a adoção do modelo referido nas Teorias das Oportunidades para Prática de Delito e inicia a classificação das várias recomendações do Relator Especial contra a Tortura, enquadrando as que melhor se amoldam ao objetivo de dificultar a prática da tortura. O Capítulo 7 faz o mesmo, classificando as recomendações que melhor caracterizam medidas destinadas a aumentar o risco de punição. O Capítulo 8 é dedicado aos comentários das recomendações classificadas como medidas destinadas a reduzir as recompensas. O Capítulo 9 aborda as recomendações que contêm medidas dedicadas à remoção de desculpas para a prática da tortura. O Capítulo 10 encerra avaliação crítica da 2ª Parte. Finalmente, as conclusões de todo o trabalho são apresentadas, de modo articulado.

Do ponto de vista metodológico, a presente tese é um estudo teórico, predominantemente de análise qualitativa, em que alguns conceitos foram trabalhados, no sentido de fortalecer a compreensão do fenômeno pesquisado – a tortura e sua relação com o Judiciário. O que não significa que não se tenha valido de dados quantitativos, extraídos de relatórios e levantamentos formulados por órgãos de pesquisa e monitoramento.

Para realização da investigação, foi feito levantamento dos relatórios produzidos pelos órgãos internacionais de monitoramento (de âmbito universal, como o Relator contra a Tortura, o Comitê Contra a Tortura e o Comitê de Direitos Humanos, todos das Nações Unidas; de âmbito regional, como a Comissão e a Corte Interamericanas de Direitos Humanos, da Organização dos Estados Americanos) e das organizações não-governamentais internacionais (Anistia Internacional, *Human Rights Watch*) e nacional (Movimento Nacional de Direitos Humanos – MNDH).

As leituras foram distribuídas em três eixos fundadores: aspectos jurídico-penais da tortura, análises de política criminal e estudos sobre a violência. Procurou-se identificar o estado-da-arte em cada uma dessas vertentes, com identificação de

autores e obras nacionais e estrangeiras, sendo particularmente relevante a literatura identificada e utilizada, referente aos aspectos jurídico-penais da tortura.

Adotou-se método histórico-comparativo, para observar a legislação aplicável no Brasil, tratando da questão da tortura (de início para admiti-la como modelo judicial de obtenção da verdade, e, posteriormente, para bani-la), em seu contexto e ambiência. Como objeto do estudo é a resposta do Judiciário. Fez-se levantamento de decisões judiciais, procurando identificar em que medida se revelaram garantes da proteção contra a tortura, ou não serviram de obstáculo à sua prática (ou seja, não ajudaram a prevenir, nem a punir), ou expressaram ambigüidades (condenando na teoria, admitindo na prática).

Utilizou-se, ainda, de um recorte analítico, com abordagem de aspectos criminológicos (históricos e sociais), dogmáticos (a tortura examinada como tipo penal individualizado) e de política criminal.

O estudo procurou revelar-se forte na vivência dos fatos. Para compreender o fenômeno, debruçou-se sobre os dados disponíveis, catalogados pelas entidades nacionais e internacionais de Direitos Humanos, e, de sua observação, e.g., desenvolveu a teoria de que, na formação do Brasil, a lei construiu uma categoria de pessoas “torturáveis”, e as práticas sociais cuidaram de mantê-la, inobstante novos paradigmas normativos em contrário. Ainda, também, a partir da análise dos fatos desenvolveu-se o argumento de que a tortura é um crime de oportunidade, fortemente influenciado pelos fatores situacionais.

Facilmente se perceberá que o estudo se apartou do que se convencionou chamar de “mera *opinio juris”*, por mais abalizada que seja, preferindo refletir sobre a *law in action*, o direito em atuação concreta e o modo como rege os fatos. Disso, decorre a freqüência com que casos decididos pelas cortes nacionais e pelos órgãos de monitoramento internacional foram invocados e analisados.

Quanto ao lastro teórico, a tese procura ancorar-se sobre: 1) o garantismo legal (em suas vertentes de garantismo do Direito Constitucional, do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Penal); 2) o princípio da integridade judicial, a partir

da construção jurisprudencial americana, de que resulta que o Judiciário é a garantia das garantias; 3) a abordagem a partir de uma perspectiva da vítima (com amparo nos estudos e reflexões de Cherif Bassiouni e seu *victim-oriented point of departure*), ressignificando seu protagonismo no processo judicial; e, finalmente, 4) o conjunto de reflexões criminológicas conhecidas como teorias das oportunidades para práticas de delito (*Crime Opportunity Theories*).

O papel garantista do Direito Constitucional e Direito Internacional dos Direitos Humanos permeia todo o presente estudo. O conceito do que hoje conhecemos por Direitos Humanos deita suas raízes nos movimentos iluminista e constitucionalista, de reconhecimento de direitos individuais e liberdades fundamentais, desenvolvidas a partir do século XVII, vitoriosas no século XVIII, com a proclamação da independência dos Estados Unidos (1776) e sua posterior Constituição (1787); com a Revolução Francesa de 1789 e sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Entretanto, tais direitos e garantias individuais, previstos nas constituições, foram insuficientes para impedir que os Estados que reconheciam em seus documentos fundamentais tais direitos produzissem em massa atos de gravíssima violação, de modo sistemático e generalizado. Disso, surgiu a necessidade de o Direito Internacional completar a obra dos constitucionalistas e reconhecer, no plano internacional, que aqueles direitos e garantias individuais, previstos nas constituições, eram Direitos Humanos, cujo respeito, proteção e implementação interessavam à comunidade internacional, não mais se restringindo a assunto de economia doméstica.

Surgindo nos documentos internacionais durante a 2a Guerra Mundial, como reação coletiva às barbáries, produzidas pelos regimes nazifascistas, a expressão “Direitos Humanos” foi incorporada à Carta das Nações Unidas de 1945[3]. A ONU não tem

[3] Carta das Nações Unidas – tratado multilateral que criou aquela organização internacional -, em seu artigo 1º, 3.: ARTIGO 1 - Os propósitos das Nações unidas são: [...] 3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o **respeito aos direitos humanos** e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião [...]. (grifo nosso). ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas.** Promulgada pelo Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_carta.php>. Acesso em: 02 fev. 2005.

nenhuma definição oficial do que entende por Direitos Humanos, mas utiliza a expressão no sentido de serem direitos inerentes aos seres humanos, em que cada pessoa humana é titular desses direitos.

Na Conferência Mundial de Direitos Humanos de 1993, na Áustria, a Declaração de Viena proclamou:

> [...] os direitos humanos têm origem na dignidade e valor inerente à pessoa humana, e que esta é o sujeito central dos Direitos Humanos e liberdades fundamentais, razão pela qual deve ser a principal beneficiária desses direitos e liberdades e participar ativamente de sua realização[4].

Perguntando-se se a expressão "derechos humanos" pode significar "derechos del hombre, o derechos de la persona humana, o derechos individuales, o derechos naturales del hombre, o derechos fundamentales del hombre", para responder afirmativamente, Bidart Campos explica que o ser humano, a pessoa humana, enquanto tal, e, tendo como fundamento precisamente sua humanidade, é titular dos Direitos Humanos, seja homem ou mulher. Ainda, todo ser humano é titular de Direitos Humanos. [5] E remete, em sua análise, à investigação sobre a origem dos Direitos Humanos, estabelecendo distinção entre os processos de universalização e de internacionalização, que ele distingue.[6]

O iluminismo e racionalismo – a pessoa humana, que pensa e reflete, sendo sujeito de seu próprio destino e de sua própria história, e capaz de construir para si uma sociedade de seres humanos, a reger-se por sua própria vontade -, deram grande contribuição para o entendimento do que hoje se compreende como Direitos Humanos fundamentais, sendo decisivas as contribuições de John Locke, Montesquieu, Rousseau e Thomas Paine, notadamente em razão dos argumentos que forneceram para combater o absolutismo e estabelecer governos limitados pelo direito. Essas idéias deram força ao Constitucionalismo.

---

[4] CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE DIREITOS HUMANOS, 1993, Viena. **Declaração e Programa de Ação de Viena.** Disponível em: <www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/declaracao_viena.htm >. Acesso em: 17 abr. 2005.

[5] CAMPOS, Germán Bidart. **Teoría general de los derechos humanos**. p. 2.

[6] CAMPOS, Germán Bidart: **Constitucion y derechos humanos Su reciprocidad simétrica**. Buenos Aires: Ediar, 1991. p. 75

O Constitucionalismo, como corrente política e jurídica do século XVII, agregou em torno de si várias outras linhas de pensamento, voltadas para a contenção dos abusos do poder dos governantes e para o reconhecimento do papel do indivíduo na formação e permanência dos governos. Continham declarações de direitos, não tendo a pretensão de instituírem tais direitos, mas unicamente de declarar e dar publicidade a tais direitos, que lhes precediam e derivavam da só condição essencial da pessoa humana.

Há passagem na obra de Albert van Dicey, que ilustra o pensamento que fundamentava a liberdade dos ingleses. Segundo Dicey,

> A segurança de que goza um inglês em sua liberdade pessoal, realmente, não depende nem se origina de nenhuma proposição geral, contida em qualquer documento escrito[7]. (tradução nossa)

Aqui, sinteticamente, observa-se a aplicação a um caso particular do princípio geral de que, entre nós, os direitos individuais são a base, não o resultado, da lei da Constituição.

Herrendorf e Gérman Bidart Campos também sustentam a opinião de que "los derechos no se constituyen como tales por la voluntad del poder, sino que se reconocen".[8]

No dizer de Karl Loewenstein,

> O reconhecimento e a proteção dos direitos ou das liberdades fundamentais são o núcleo essencial do sistema político da democracia constitucional. Esses princípios encaram a distribuição, como tanto menos perigo existirá para que se produza uma concentração de poder. Reconhecimento e observância das liberdades fundamentais separam o sistema político da democracia constitucional da autocracia. Baseada na concentração de poder, a autocracia não pode tolerar zonas autônomas de autodeterminação individual, porque estas interfeririam na formação da vontade estatal desde cima. De fato, a realidade das liberdades fundamentais é o único critério

---

[7] DICEY, Albert Venn. **Introduction to the study of the law of the constitution**. Indianapolis: Liberty Fund, 1982. p. 124**.** No original: The security which an Englishman enjoys for personal freedom does not really depend upon or originate in any general proposition contained in any written document. Here, in short, we may observe the application to a particular case of the general principle that with us **individual rights are the basis, not the result, of the law of the constitution.** (grifo nosso)

[8] CAMPOS, Bidart; Herrendorf. **Princípios de Derechos Humanos y Garantías.** Buenos Aires: Ediar, 1991. P. 79.

> seguro – realmente infalível – para distinguir os sistemas políticos, dado que o aparato institucional de ambos – governo, assembléia legislativa, eleições, partido, burocracia – assemelha-se até a completa identidade. O reconhecimento ou o não reconhecimento dos direitos fundamentais está na mais estreita relação com o telos ideológico de cada um dos sistemas. Na democracia constitucional, são a cristalização dos valores supremos do desenvolvimento da personalidade humana ou de sua dignidade. Na autocracia, nega-se sua legitimidade e não apenas porque podiam constituir-se como pontos de partida de uma oposição contra o poder estatal monolítico, senão, também, porque iriam contra a ideologia que planifica a economia coletivizada e a sociedade. [9]

Nas primeiras constituições modernas, está presente o conjunto das teorias e doutrinas que se aliaram ao constitucionalismo e o fortaleceram, tais como a teoria das garantias, de Benjamin Constant, e o já referido princípio da separação de poderes, que se tornou traço comum em todas as constituições chamadas burguesas ou ocidentais.

Bidart Campos faz uma distinção entre o que chama de "universalización de los derechos humanos" e "internacionalización de los derechos humanos". Diz ele:

> A primeira alude ao fenômeno do mimetismo ou de imitação cultural que se produz com o advento do constitucionalismo moderno – em fins do Século XVIII – a raiz do qual, em termos vulgares, diríamos que se põem em moda que as constituições formais – tomando como modelo a dos Estados Unidos e suas dez primeiras emendas, e as francesas – incluíam um catálogo ou uma declaração de direitos.[10]

---

[9] LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1986. p. 390. No original: **El reconocimiento y la protección de los derechos u de las libertades fundamentales son el núcleo essencial del sistema político de la democracia constitucional.** Estos principios encaran la distribución, tanto menos peligro existirá para que se produzca una concentración del poder. **Reconocimiento y observancia de las libertades fundamentales separan el sistema político de la democracia constitucional de la autocracia**. Basada en la concentración del poder, la autocracia no puede tolerar zonas autónomas de autodeterminación individual, porque éstas interferirían la formación de la voluntad estatal desde arriba. De hecho**, la realidad de las libertades individuales es el único critério seguro - y realmente infalible - para distinquir los sistemas políticos, dado que el aparato institucional de ambos - gobierno, asamblea legislativa, elecciones, partidos, burocracia - se asemeja hasta una completa identidad**. El reconocimiento o el no reconociemento de los derechos fundamentales está en la más estrecha relación com el telos ideológico de cada uno de los sistemas. En la democracia constitucional son la cristalización de los valores supremos del **desarrollo de la personalidad humana u de su dignidad**. En la autocracia se les niegas su legitimidad y no tan sólo porque podían constituirse como puntos de partida de una oposición contra el poder estatal monolítico, sino tambíen porque irían contra de la ideología que planifica la economía colectivizada y la sociedad. (grifo nosso)

[10] CAMPOS, Germán Bidart: **Constitucion y derechos humanos Su reciprocidad simétrica**. Buenos Aires: Ediar, 1991.p. 75. Tradução nossa. No original: La primera alude al fenomeno de mimetismo o de imitación cultural que se produce com el advenimiento del constitucionalismo moderno – a fines del siglo XVIII – a raíz del cual, en términos vulgares, diríamos que se pone de moda que las constituciones formales – tomando como modelo la de Estados Unidos u sus diez primeras enmiendas, y las francesas – incluyan un catálogo o una declaración de derechos.

Por outro lado,

> A internacionalização já significa um passo mais avançado, muito mais adiante. Significa que o direito internacional público assume e toma para si o problema dos direitos humanos. Já não é uma questão própria do direito interno de cada Estado. Continua sendo; mas não unicamente do direito interno de cada Estado, senão também de direito internacional público nessa esfera que, por exemplo, DABIN chamava 'o bem comum internacional'.[11]

A internacionalização dos Direitos Humanos se deu para servir de garantia às vítimas, as quais, em sua imensa maioria, eram cidadãos dos Estados que os oprimiam e perseguiam. E esses Estados, com seus "direitos fundamentais" "específicos", em suas constituições, reconheciam direitos à vida, liberdade, propriedade, segurança etc. Nem por isso o aparato do Estado deixou de encontrar justificativa, para considerar jurídica a política de eliminação física, conducente ao genocídio desses cidadãos tornados diferentes, e, em seguida, desiguais, inferiores, não-humanos.

Isso fez com que, no dizer de Herrendorf e Bidart Campos,

> [...] no fim da Segunda Guerra, desde 1945 em diante, o Direito Internacional assumiu para si, para sua jurisdição, para seus organismos, para os tribunais supraestatais ou transnacionais, o problema dos direitos do homem. [12]

Como lembra Iain Shaw,

> A regra básica de Direito Internacional, determinando que os Estados não têm direito de interferir nos assuntos internos de outros Estados, é uma

---

[11] CAMPOS, Germán Bidart: **Constitucion y derechos humanos Su reciprocidad simétrica**. Buenos Aires: Ediar, 1991. p. 75/76. Tradução nossa. No original: La internacionalización ya significa un paso de avanzada, mucho más adelante. Significa que el derecho internacional público asume y toma para sí el problema de los derechos humanos. Ya no es una cuestión propia del derecho interno de cada estado. Lo sigue; pero no únicamente del derecho interno de cada estado sino también del derecho internacional público en esa esfera que, por ejemplo, DABIN llamaba 'el bien común internacional', a la que parece dar eco la Carta de San Francisco, cuando hace mención de derechos y libertades fundamentales que los estados miembros de la comunidad internacional tienen la obligación de respetar.

[12] CAMPOS, Bidart; Herrendorf. **Princípios de Derechos Humanos y Garantías.** Buenos Aires: Ediar, 1991., p. 245. No original: [...] al fin de la segunda postguerra, desde 1945 en adelante, el derecho internacional há asumido para sí, para su jurisdicción, para sus organismos, para los tribunales supraestatales o transnacionales, el problema de los derechos del hombre.

> conseqüência da igualdade e soberania dos Estados e é espelhada no artigo 2(7) da Carta da ONU.[13]

Mas a regra deixou de ser absoluta. Em suas palavras,

> A regra, contudo, tem sido submetida a processo de reinterpretação no campo dos Direitos Humanos, de modo que os Estados não podem mais invocar essa regra como uma barreira para a preocupação e consideração das situações internacionais de Direitos Humanos.[14]

Max Sorensen compartilha esse entendimento, afirmando que

> [...] o conceito de direitos humanos se originou no âmbito da legislação interna, como por exemplo da Carga Magna da Inglaterra, a Bill of Rights (Declaração de Direitos) na Constituição dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem na França. Este conceito se traduziu em linguagem internacional só depois da Segunda Guerra Mundial. As crueldades e a opressão do regime nazista na Europa produziu a convicção, tanto durante como depois da Segunda Guerra Mundial, de que o reconhecimento internacional e a proteção dos direitos humanos para de pessoas de todo o mundo, são essenciais para a manutenção da paz e da ordem internacional.[15]

O processo de internacionalização dos Direitos Humanos se deu a partir da ação de organizações universais (como a ONU) e regionais (como a OEA, no âmbito das Américas, e Conselho da Europa, no âmbito europeu). No dizer de Thomas Buerghental,

> [...] o moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-Segunda guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era de Hitler e à crença de que algumas dessas violações poderiam ter sido prevenidas caso existisse

---

[13] SHAW, Malcolm N. **International Law.** Cambridge: Cambridge University, 1995.
p. 239. No original: The basic rule of international law providing that states have no rights to encroach upon the preserve of other states' internal affairs is a consequence of the equality and sovereignty of states and is mirrored in article 2(7) of the UN Charter.

[14] SHAW, op. Cit. p. 239. No original: It has, however, been subject to a process of reinterpretation in the human rights field, so that states may no longer plead this rule as a bar to international concern and consideration of international human rights situations.

[15] SORENSEN, Max. **Manual de Derecho Internacional Publico.** México: Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 475. Tradução nossa. No original: [...] el concepto de los derechos humanos se originó en el ámbito de la legislacion interna, como por ejemplo la Carta Magna de Inglaterra, el Bill of Rights en la Constitucion de Estados Unidos y la Declaración de Los Derechos del Hombre en Francia. Este concepto se tradujo al lenguaje internacional sólo después de la Segunda Guerra Mundial. Las crueldades y la opresión del régimen nazi en Europa produjo la convicción, tanto durante como después de la segunda Guerra Mundial, de que el reconocimiento internacional y la protección de los derechos humanos para las personas de todo el mundo, son esenciales para el mantenimiento de la paz y el orden internacionales.

> um efetivo sistema internacional de proteção aos direitos humanos, nos tempos da Liga das Nações.[16].

Para ele,

> A Carta das Nações Unidas internacionalizou os direitos humanos. Isto quer dizer, ao aderirem à Carta, que é um tratado multilateral, os Estados partes reconhecem que os "direitos humanos" ali referidos são objeto de preocupação internacional, e, nesse sentido, não mais apenas questão de âmbito de sua jurisdição doméstica.[17]

Os sistemas internacionais funcionam baseados fortemente na cooperação recíproca entre os membros da sociedade internacional. Cumprem como funções principais: as de definir parâmetros mínimos de direitos humanos a serem observados pelos Estados – que se dá mediante a adoção de tratados e convenções internacionais – e de realizar o monitoramento da observância daqueles parâmetros – que se materializa pelo exame, por parte de Comitês ou Comissões, de relatórios periódicos ou por meio do sistema de petições. Além disso, cumprem a função educativa de difundir tais parâmetros, mediante realização de conferência, seminários e promoção de cursos.

No Sistema Interamericano, a Corte Interamericana de Direitos Humanos cumpre, ainda, papel consultivo,

> A jurisdição consultiva é complementar à jurisdição contenciosa. Seu papel é habilitar os Estados e certos órgãos designados da OEA a buscar regras de interpretação de um amplo espectro de instrumentos de direitos humanos relacionados à proteção dos direitos humanos dentro do hemisfério ocidental e de permitir aos Estados verificar a compatibilidade de sua legislação doméstica com esses instrumentos.[18]

---

[16] BUERGENTHENTAL, Thomas. **International Human Rights.** St. Paul: West Publishing Co, 1988. p. 17. No original: . modern international human rights law is a post-World War II phenomenon. Its development can be attributed to the monstrous violations of human rights of the Hitler era and to the belief that some of these violations might have been prevented had an effective international system for the protection of human rights existed in the days of the League of Nations

[17] BUERGENTHENTAL, Thomas. **International Human Rights.** St. Paul: West Publishing Co, 1988. p. 21. No original: The UN Charter 'internationalized" human rights. That is to say, by adhering to the Charter, which is a multilateral treaty, the States parties recognized that "human rights" referred to in it are a subject of international concern and, to that extent, no longer within their exclusive domestic jurisdiction.

[18] DAVIDSON, Scott. **The Inter-American Human Rights System**. Brookfield (USA): Dartmouth, 1997. Pág. 232. Tradução nossa. No original: the advisory jurisdiction is complementary to its contentious jurisdiction. Its role is to enable the States Parties and certain designated organs of the OAS to seek rulings on the interpretationg of a broad range of human rights instruments concerning the protection of human rights within the western hemisphere and to allow states to test the compatibility of their domestic law with these instruments.

Nesse último tópico – compatibilidade da legislação doméstica com os instrumentos do sistema interamericano – a Corte Interamericana teve a oportunidade de emitir Opinião Consultiva, acerca do alcance da expressão “leis internas”, contida no artigo 64.2, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

E manifestou-se, afirmando que

> [...] sempre que uma convenção internacional se refira a ‘leis internas’ sem qualificar de alguma forma essa expressão, ou sem que do seu contexto resulte um sentido mais restrito, a referência é para toda a legislação nacional e para todas as normas jurídicas de qualquer natureza, incluindo disposições constitucionais.[19]

Por outro lado, o imperativo da integridade judicial é construção jurisprudencial americana, tendo a expressão sido cunhada pelo Justice Stewart, no caso Elkin v. United States[20], fundamentando a inadmissibilidade de utilização judicial de provas obtidas por agentes do Estado, em violação aos direitos constitucionais do réu, servindo-se das idéias do Justice Brandeis, no Olmstead v. United States. Tal imperativo da integridade judicial significa que, na administração da justiça criminal, os fins não justificam os meios, e o governo não pode cometer crimes, a pretexto de assegurar a condenação de um indivíduo criminoso.

A adoção do princípio do imperativo da integridade judicial compreende que a exclusão de provas ilegalmente apreendidas previne a contaminação do processo judicial, ou seja, preserva a integridade judicial e atua como obstáculo a condutas inconstitucionais da polícia[21].

[19] Opinión Consultiva OC 4/84, Del 19 Enero de 1984. Corte I.D.H. (Ser.A) Nr. 4 (1984). *In* CAMPOS, Germán Bidart; PIZZOLO, Calogero. **Derechos Humanos:** Corte Interamericana. Mendonza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000. Tomo II. p. 252. Tradução nossa. No original: [...] siempre que un convenio internacional se refiera a “leyes internas” sin calificar en forma alguna esa expresión o sin que de su contexto resulte un sentido más restringido, la referencia es para toda la legislación nacional y para todas las normas jurídicas de cualquier naturaleza, incluyendo disposiciones constitucionales.

[20] Elkins v. United States. No. 126. Argued March 28-29, 1960. Decided June 27, 1960. 364 U.S. 206. STEWART, J., lead opinion. Disponível em US Supreme Court Center at http://www.justia.us/. Acessos múltiplos a partir de Março de 2002.

[21] United States v. Johnson. No. 80-1608. Argued February 24, 1982. Decided June 21, 1982. 457 U.S. 537. No original: That rule has traditionally been understood to serve two purposes: first, it preserves "judicial integrity"; second, it acts as a deterrent to unconstitutional police conduct. Disponível em US Supreme Court Center at http://www.justia.us/. Acessos múltiplos a partir de março de 2002.

Já a adoção da perspectiva da vítima, como ponto de partida (victim-*oriented point of departure*), é "afirmação da solidariedade humana e da compaixão com as vítimas". Baseia-se em estudo realizado por Cherif Bassiouni [22], por determinação da Comissão de Direitos Humanos da ONU, no qual propôs revisão dos Princípios Básicos sobre o Direito a Remédios Jurídicos e a Reparação para Vítimas de Violações do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Humanitário.

A afirmação dos novos Princípios e Diretrizes é a reafirmação dos princípios da responsabilização e do dever de prestação de contas, do princípio da justiça e do Estado Democrático de Direito.

Tais Princípios e Diretrizes afirmam que "cada Estado tem a obrigação de respeitar, assegurar respeito por, e conferir eficácia às normas de Direito Internacional dos direitos humanos e do direito humanitário", sendo que tal obrigação inclui o dever do Estado de adotar medidas legais e administrativas para prevenir violações de direitos humanos; investigar tais violações, e, onde for apropriado, agir contra o violador, de acordo com o direito interno e o Direito Internacional; prover a vítima de acesso igual e efetivo à justiça, independentemente de quem possa ser considerado responsável pela violação; dar suporte dos remédios jurídicos apropriados às vítimas; e prover ou facilitar a reparação às vítimas.[23]

---

[22] COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. **Civil and political rights, including the questions of: independence of the Judiciary, administration of Justice, impunity.** The right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of gross violations of human rights and fundamental freedoms. Final report of the Special Rapporteur, Mr. M. Cherif Bassiouni, submitted in accordance with Commission resolution 1999/33. E/CN.4/2000/62. Disponível em: <http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.2000.62.En?Opendocument>. Acesso em: 14 maio 2005.

[23] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho Econômico e Social. Comissão de Direitos Humanos. The right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of gross violations of human rights and fundamental freedoms. Final report of the Special Rapporteur, Mr. M. Cherif Bassiouni, submitted in accordance with Commission resolution 1999/33. Documento E.CN.4.2000.62. Disponível em http://www.unhchr.ch/. Acessos múltiplos a partir de março de 2002.
No original: 1. Every State has the obligation to respect, ensure respect for and enforce international human rights and humanitarian law norms.3. The obligation to respect, ensure respect for and enforce international human rights and humanitarian law includes, inter alia, a State's duty to: (a) Take appropriate legal and administrative measures to prevent violations; (b) Investigate violations and, where appropriate, take action against the violator in accordance with domestic and international law; (c) Provide victims with equal and effective access to justice irrespective of who may be the ultimate bearer of responsibility for the violation; (d) Afford appropriate remedies to victims; and (e) Provide for or facilitate reparation to victims. E/CN.4/2000/62

É modo de reconhecer maior protagonismo da vítima e afirmá-la titular de direitos, que devem ser reconhecidos, respeitados e protegidos pelo Estado, cumprindo o sistema de justiça e segurança, tida como papel chave.

Finalmente, para reflexões sobre uma política criminal de combate à tortura, e conseqüente análise das recomendações do Relator Especial contra a Tortura, e demais órgãos internacionais, serão utilizados os estudos de Paul e Patrícia Brantingham, a respeito da Criminologia Ambiental (*Environmental Criminology*), que contribui com a reflexão acerca de como os quatro elementos – a lei, o agente, o alvo e o lugar –caracterizados como as quatro dimensões do crime se interrelacionam.[24]

Articulados com esses estudos, serão abordados os conceitos de oportunidade e atividades de rotina, trabalhados, respectivamente, nas chamadas *Opportunity Theory* e *Routine Activity Theory*, de um lado, e nos estudos sobre o uso do espaço por parte do agente do delito, de outro lado. Nesse particular, as contribuições de Marcus Felson e Ronald Clarke [25] e suas reflexões sobre as três principais abordagens - *The Routine Activity Approach* (Abordagem da Atividade de Rotina), a *Crime Pattern Theory* (Teoria do Padrão do Crime) e *The Rational Choice Perspective* (A Perspectiva da Escolha Racional) – serão adotadas (essa última abordagem desenvolvida por Derek Cornish e Ronald Clarke [26], que foca no processo decisório do delinqüente).

O pressuposto básico dessa última teoria é que o crime é um comportamento proposital, em que, para o delinqüente, há ou é percebido como havendo um

---

[24] BRANTINGHAM, P.J.; BRANTINGHAM, P.L. *apud* BOTTOMS, Anthony E.; WILES, Paul. **Environmental Criminology** In: MAGUIRE, Mike; MORGAN, Rod; REINER, Robert. **The Oxford Handbook of Criminology.** 2 ed. Oxford: Oxford University, 1997. p. 305 e 312. No original: A crime is a complex event. A crime occurs when four things are in concurrence: a law, an offender, a target and a place. Without a law there is no crime. Without an offender, someone who breaks the law, there is no crime. Without some object, target or victim, there is no crime. Without a place in time and space where the other three come together, there is no crime. These four elements – law, the offender, the target, and the place – can be characterized as the four dimensions of crime. Environmental criminology is the study of the fourth dimension of crime.

[25] FELSON, Marcus; CLARKE, Ronald V. **Opportunity Makes the Thief**: practical theory for crime prevention. Police Research Series. Paper 98. London: Home Office, 1995. p. 4.

[26] CORNISH, Derek B.; CLARKE, Ronald V. **The Reasoning Criminal.** New York: Springer-Verlag, 1986.

benefício, mesmo que de curto prazo. A Perspectiva da Escolha Racional tenta entender o crime do ponto de vista do criminoso.

Vistas em conjunto, essas teorias procuram fornecer uma metodologia para uma ação preventiva prática e os diferentes modos de reduzir as oportunidades para práticas de delitos.

Claramente se percebe que esses estudos de criminologia ambiental, e, mais precisamente, essas reflexões desenvolvidas no âmbito das abordagens das teorias de oportunidades para práticas criminosas podem ser de imensa serventia para análise das possíveis políticas públicas a serem seguidas por uma política criminal de combate à tortura.

1ª PARTE. ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS (ANTECEDENTES HISTÓRICOS E SOCIAIS) E DOGMÁTICOS

1 TORTURA: DOS ESTADOS NACIONAIS QUE COLONIZARAM O BRASIL À SUA INSTITUCIONALIZAÇÃO E PRÁTICA

O objetivo do presente capítulo é referir, em grandes linhas, a situação normativa da tortura nos Estados nacionais que colonizaram o Brasil, contextualizando o impacto que isto teve na formação de nossa cultura política e jurídica.

Antes da consolidação dos Estados nacionais modernos (que, segundo Balladore Pallieri[27], se deu com a Paz de Wesphalia, em 1648), a grande disputa de potestades na Idade Média deu-se entre a Igreja Católica e os vários reis e reinos, naquela os papas pleiteando a supremacia e prevalência de suas ordens, regras e normas para a lei da disciplina da alma.

O século XIII é tido como período áureo da teologia e da filosofia, com a criação de universidades, fundação de ordens mendicantes e o contato dos meios culturais ocidentais com obras filosóficas até então desconhecidas.

No plano político, é a época em que os municípios se consolidam e a burguesia encontra grande desenvolvimento. Período em que Frederico II vê frustrado seu projeto de restauração do império, graças à força autonomista das cidades. É o período em que a teocracia papal aspira, com Inocêncio III (1199-1216), à plenitude do poder (*plenitudo potestas*).[28] Com efeito, o Ocidente professa a fé católica, que penetra em todas as classes sociais. E essa primazia do catolicismo explica o papel central ocupado pelo papado e a função mediadora e de guia da igreja católica.

O Papa Inocêncio III desempenhou com rigor o papel de chefe da Igreja, com pretensões atendidas à supremacia. Para dizer o mínimo, foi sua a bula que revogou a *Charta Magna Libertatum* dos ingleses, passada em 1215 pelo príncipe João Sem-Terra (John Lackland), em Runnymede, prometendo excomunhão a quem ousasse invocar os direitos e privilégios afirmados naquele documento fundador. Cláudio Brandão observa, com acerto, que "a Magna *Charta* é um instrumento limitador do

[27] PALLIERI, Giorgio Balladore. **A Doutrina do Estado**. Coimbra: Coimbra, 1969. p. 16

[28] REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História del Pensamiento Filosófico y Científico.** Barcelona: Herder. Tomo I. p. 461.

poder penal do rei" [29]. Para não ser limitado pela *Charta*, João Sem Terra recorreu ao papa. Agora a bula, não mais a Charta, o limitaria.

Também é de Inocêncio III a base legal para perseguição aos hereges, com a Igreja processando e julgando, e o braço secular aplicando a sanção.

Inocêncio III afirmava, como papa, ser sucessor de Pedro, mas vigário *de Cristo*, perante quem todas as potestades deveriam ajoelhar-se.

Lançou em 1201 a 4ª Cruzada contra os "povos infiéis", tendo pouco tempo depois os cristãos conquistado e saqueado Constantinopla.

O Papa Gregório IX (1227-1241) sucedeu a Inocêncio III (mediado, embora, por Honório III) e instituiu, em 1232, a Inquisição, afirmando que todos os hereges deviam ser presos e entregues às autoridades seculares, para punição. Designou os primeiros inquisidores.

Embora a tortura já fosse largamente utilizada nessa época, coube ao Papa Inocêncio IV (1243-1254) sancioná-la, oficializando seu uso, em 1252, com a Bula *Ad Extirpanda* ("Para Exterminar"). Esse "instrumento da verdade", como era considerado, destinava-se a obter confissões dos hereges e informações de testemunhas de heresias. É relevante mencionar que essa posição da Igreja Católica significava revisão de decisão em sínodo, realizado em Roma em 384 d.C., quando a tortura fora condenada como meio para obtenção de prova, confissão ou informação. Também o Papa Nicolau I (858-867) já tivera a oportunidade de afirmar que a tortura violava a lei de Deus:

> Se um ladrão ou um salteador é preso e nega o que lhe imputam, afirmais entre vós que o juiz deve arrebentar-lhe a cabeça a pauladas e furar-lhe os flancos com pontas de ferro até que ele diga a verdade. Isto, nem a lei divina, nem a lei humana, o admitem: a confissão não deve ser forçada, mas espontânea; não deve ser extorquida, mas voluntária; enfim, se acontecer que depois de lhe haverdes infligido tais castigos, não descobris absolutamente nada do que acusaram o indigitado, não vos envergonhais, naquele momento, ao menos, e não reconheceis o quanto vosso julgamento foi ímpio? Do mesmo modo, se o acusado, não podendo suportar tais tormentos confessa crimes que não cometeu, em quem, eu vos pergunto,

[29] BRANDÃO, Cláudio. **Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 26.

> recai a responsabilidade de tal impiedade, senão naquele que o forçou a uma tal confissão mentirosa? E mais ainda, se alguém proferir com os lábios o que não tem no espírito, não confessa, apenas fala. Renunciai, portanto, a tais coisas, e maldizei do fundo do coração o que até o presente tivestes a loucura de praticar; com efeito, que o fruto haveis colhido disso que agora vos causa vergonha?[30]

Vários outros papas editaram várias outras bulas, autorizando ou determinando Inquisição em diversos Estados ou regiões da Europa, contra bruxas e bruxarias, judeus, muçulmanos, ciganos e outros grupos perseguidos.

Para melhor orientar e operacionalizar o trabalho, vários "manuais dos inquisidores" foram elaborados, sendo famosos pela abrangência e nível de detalhamento o *Libro Nero* e os produzidos por Bernardo Guy (*Practica Inquisitiones*), Nicolaus Eymericus (*Directorium Inquisitorum*), Johan Sprenger e Heinrich Kraemer (*Malleus Malleficarum*).

Os inquisidores respondiam diretamente ao papa apenas e guiavam-se pelos manuais que elaboravam. Essa sistemática haveria de mudar, com a introdução da Inquisição na Espanha.

Em 1º de novembro de 1478, o papa Sisto IV assinou a bula *Exigit sincerae devotionis affectus,* inaugurando a inquisição na Espanha.

Essa nova inquisição introduzia diferenças importantes, quanto às já vigentes na Europa. A bula autorizava os reis a nomear três inquisidores para cada uma das cidades ou dioceses dos reinos. Ora, até então, a nomeação de inquisidores estava reservada ao papa. A partir desse documento papal, aos reis católicos cabiam tanto a nomeação, como a revogação e a substituição dos inquisidores. Tais atos implicavam uma transferência de competências. Além disso, assistia-se ao estabelecimento de uma ligação eclesiástica e jurisdição civil[31], pois a intervenção do príncipe no processo de nomeação dos inquisidores alterava as relações de fidelidade desses agentes. [32]

---

[30] HERSCH, Jeanne (Org.). **O direito de ser homem**. Guanabara: Conquista. 1972, p. 431.
[31] N.A. Leia-se atuação estatal.
[32] BETHENCOURT, Francisco. **História das Inquisições.** São Paulo: Cia. das Letras. 2000. p. 17.

O primeiro inquisidor-geral da Espanha foi Tomás de Torquemada, em 1484, sendo em seguida expedidas instruções para organização do "Santo Ofício".

Tais instruções definiam tanto os ritos de fundação dos tribunais, quanto o comportamento dos inquisidores; o procedimento, incluindo a regulamentação da prática da tortura e da observação de segredo, o confisco de bens etc.

Como sintetiza Bethencourt, "a cultura administrativa inquisitorial é uma cultura baseada na classificação e na identificação" [33].

Não é correto afirmar que a tortura foi introduzida na Espanha – *rectius*, *Castilla* - a partir da introdução da Inquisição. Em verdade, sob Alfonso X, *El Sabio,* entre 1256 e 1265, foram produzidas as *Siete Partidas,* código sistematizado que abrange todos os ramos do direito, intentando dar unidade legislativa ao reino, não a partir da instituição de *fueros municipales*, mas a partir de um direito de caráter geral para todo o reino, o que significa estabelecer um direito com base territorial superior e comum a todos os sítios e territórios.[34]

O período de tempo coincide, com rigor, com o momento imediatamente subseqüente à edição da Bula *Ad Extirpanda,* do Papa Inocêncio IV, que, como dito, sancionou e oficializou o uso da tortura em 1252.

No código de *Las Siete Partidas,* o tema vem no TITULO XXX, De Los Tormentos. A Ley I trata de definir o que entende por "tormento":

> Tormento é maneira de pena sobre a qual falaram os que foram amadoras da justiça, para esquadrinhar e por ele saber a verdade dos maus feitos que se fazem encobertamente, que não podem ser sabidos nem provados por outra maneira; e tem muitos prós para cumprir-se a justiça; porque pelos tormentos sabem os julgadores muitas vezes a verdade dos maus feitos encobertos, que não se poderiam saber de outra guisa. E como as maneiras dos tormentos são muitas, de todo modo as principais são duas: uma se faz com ferida de açoites; a outras é elevando o homem que se quer atormentar pelos braços, carregando-lhe as espáduas e as pernas de coisas pesadas.[35]

[33] BETHENCOURT, Francisco. **História das Inquisições**. São Paulo: Cia. das Letras. 2000. p. 49.

[34] Disponível em: <http://www.agapea.com/SIETE-PARTIDAS-Las-n6930i.htm>. Acesso em 31 jul. 2005.

[35] ESPANHA. **Las Siete Partidas.** Valladolid: Editorial Lex Nova, 1989. p. 701. Tradução nossa. No original: Tormento es manera de pena que fallaron los que fueron amadores de la justicia para escudriñar et saber la verdat por él de los malos fechos que se facen encubiertamente, que non

O uso de tormentos passou a ser visto como método de investigação da verdade, necessário para cumprir-se a justiça. Por meio deles, poderiam os julgadores saber *o* que não saberiam de outro modo.

A fundação da Inquisição em Portugal não foi muito diferente da vizinha Espanha. A bula *Cum ad nihil magis,* de 23 de maio de 1536, nomeava três inquisidores-gerais, concedendo ao rei D. João III a possibilidade de nomear um quarto. O rei tinha suplicado ao papa a edição de tal bula. E foi atendido. Diferentemente dos alegados hereges, cujas súplicas nunca eram ouvidas.

Uma novidade e um progresso: a bula de fundação *Cum ad nihil magis* excluía o segredo do processo. A partir do momento em que o inquérito se tornava judiciário, o acusado passava a ter conhecimento das testemunhas, de modo a defender-se. Antes, o processo era secreto até para o acusado, o qual tinha de adivinhar quem o poderia ter acusado e de quê.

Cabia ao inquisidor-geral publicar documento, contendo descrição detalhada dos crimes sob jurisdição inquisitorial. Em Portugal, como na Espanha, havia o envolvimento do rei desde o início, esse assumindo a responsabilidade da criação do tribunal.

Já se percebe como o Direito Canônico e os Direitos Espanhol e Português haveriam de exercer e receber influências recíprocas, não fugindo desta observação a questão da tortura.

Como é sabido, os tribunais da inquisição foram criados pelos papas, mediante delegação de poderes para persecução dos hereges a representantes especializados nas vítimas que perseguiriam. Mas a formação de uma rede de agentes dependia muito da aceitação e reconhecimento pelos poderes políticos, já

---

pueden seer sabidos nin probados por otra manera: et tiene muy grant pro para cumplirse la justicia; ca por los tormentos saben los judgadores muchas veces la verdat de los malos fechos encubiertos, que non se prodrian saber dotra guisa. Et como quier que las maneras de los tormentos son muchas, pero las principales son dos; la una se face con ferida de azotes; la otra es colgando al home que quieren tormentar de los brazos, et cargandol las espaldas et las piernas de lorigas ó de otra cosa pezada.

que os inquisidores só exerciam suas atividades tendo o apoio explícito dos reis e dos senhores, que impunham às suas justiças a execução das ordens do "Santo Ofício", especialmente as detenções e aplicações de penas. A legitimidade da Inquisição vinha do papa, mas sua ação e jurisdição reclamavam aceitação pelo poder político, pois este é que garantia os meios de ela funcionar.

As Inquisições na Espanha, em 1478, e em Portugal, em 1536, já surgiram sob o controle dos reis e do poder político.

Ainda é Bethencourt quem adverte que “a Inquisição está colocada num sistema institucional que se caracteriza justamente pela prática corrente de trocas – serviços, favores, carreiras, decisões”. [36]

O "Santo Ofício" cumpria o papel de formar parte da elite política e religiosa até o século XVIII, quando dos seus quadros de inquisidores eram recrutados bispos e até membros da administração do Estado.

Essas circunstâncias históricas produziram influências recíprocas, tanto no desenvolvimento da Inquisição, quanto no “aperfeiçoamento” do quadro jurídico em Portugal e Espanha.

Um dos ramos, em que a influência foi mais sentida, foi processo penal, pois havia “esforços de sistematização”, conduzidos tanto pela justiça secular, quanto pela eclesiástica, sofrendo influência dos “manuais de inquisidores” e fornecendo referências para identificação dos crimes e normas de inquérito judiciário.

A idéia prevalecente, na época, era a de que “o processo penal e os meios mais rigorosos de obtenção da confissão ou do arrependimento – incluindo a tortura e a execução – são considerados ‘remédios’ para a alma” [37]. Entendia-se que se devia ajudar o acusado a fazer sua contrição e fornecer-lhe meios para salvar sua alma, ainda que o corpo padecesse.

---

[36] BETHENCOURT, Francisco. **História das Inquisições**. São Paulo: Cia. das Letras, 2000. p. 328
[37] BETHENCOURT, Francisco. **História das Inquisições**. São Paulo: Cia. das Letras, 2000. p. 354.

Entre 1580 e 1640, a Coroa de Portugal ornamentou a cabeça dos Reis da Espanha. Houve o que se chamaria em Teoria do Estado de união pessoal dos Estados. A parte administrativa foi mantida separada.

Felipe II da Espanha foi coroado rei, com o nome de Felipe I de Portugal. Determinou a consolidação das leis do Reino de Portugal, mas não sobreviveu para ver a obra pronta. Coube a Felipe III de Espanha, denominado Felipe II de Portugal, em 1603, promulgar as Ordenações. O Livro V cuidava dos delitos e suas penas. É da época do "terror penal", com penas corporais aflitivas. Como observa Cláudio Brandão, nesse período "há o emprego de uma violência desmedida e ilimitada, não se oferecendo nenhuma garantia ao ser humano em face do direito de punir do Estado". [38]

O Título CXXXIII, do Livro V, das Ordenações, dizia, em seu *caput*:

> Não se pode dar certa forma quando e **em que casos o preso deve ser mettido a tormento**, porque pode ser contra elle hum só indício, que será tão grande e tão evidente, que baste para isso convem a saber, se elle tiver confessado fora do Juizo, que fez o maleficio, porque he accusado, ou houver contra elle huma testemunha, que diga que lho vio fazer, ou fama publica, que proceda de pessoas de auctoridades e dignas de fé, ou se o preso se absentou da terra pólo dito malefício, antes que delle fosse querelado, com outro algum pequeno indicio.
> E poderão ser contra elle muitos indicios tão leves e fracos, que todos juntos não bastarão para ser mettido a tormento; por tanto ficará no arbitrio do Julgador, o qual verá bem, e examinará toda a inquirição dada contra preso
> E se achar tanta prova contra elle, que o mova a crer que elle fez o delicto, de que he accusado, mandai-o-há metter a tormento, e de outra maneira não.[39] (grifo nosso)

O próprio texto documenta o enorme grau de discricionariedade – facilmente transformado em arbítrio – de que gozavam os julgadores. Os tormentos eram meios utilizados para obtenção de provas. Mas também eram castigos e punições. Era a época em que a dor era constitutivo da pena. [40] Ainda,

> [...] a tortura é um jogo judiciário estrito. [...] Entre o juiz que ordena a tortura e o suspeito que é torturado, há ainda como uma espécie de justa: o 'paciente' – é o termo pelo qual é designado o supliciado – é submetido a

[38] BRANDÃO, Cláudio. **Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 11.
[39] PORTUGAL. **Ordenações Filipinas.** Disponível em:<http://www.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>. Acesso em: 07 jan. 2005.
[40] FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir:** Nascimento da Prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. 25. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 14.

> uma série de provas, de severidade graduada, e que ele ganha 'agüentando' ou perde confessando.[41]

Além da possibilidade de aplicação dos tormentos, havia na legislação a previsão de castigos corporais[42], como açoites, galés, etc.

O Livro V, das Ordenações Filipinas, teve vigência no Brasil, desde sua edição, em 1603, até a promulgação do Código Criminal, em 1830.

---

[41] FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir:** Nascimento da Prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. 25. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 35.

[42] Havia previsão para punição com castigos corporais – açoites e outros – os delitos referidos nos seguintes títulos: I – Dos hereges e Apostatas; II – Dos que arrenegão, ou blasfemão de Deos, ou dos Santos; III – Dos feiticeiros; IV – Dos que benzem cães, ou bichos sem autoridade d'El-Rey, ou dos Prelados; VI – Dos crimes de Lesa Magestade; VIII - Dos que abrem as Cartas Del-Rey, ou da Rainha, ou de outras pessoas; XVI - Do que dorme com a mulher, que anda no Paço, ou entra em casa de alguma pessoa para dormir com mulher viegem, ou viúva honesta, ou scrava branca de guarda; XIX – Do homem, que casa com duas mulheres, e da mulher, que casa com dous maridos; XXIII – Do que dorme com mulher virgem, ou viuva honesta per sua vontade; XXV – Do que dorme com mulher casada; XXVIII – Dos barregueiros casados e de suas barregãas; XXX – Das barregãas dos Clérigos, e de outros Religiosos; XXXII – Dos Alcoviteiros, e dos que em suas cazas consentem a mulheres fazerem mal de seus corpos; XXXIII – Dos ruffiães e mulheres solteiras; XXXIV – Do homem que se vestir, em trajos de mulher, ou mulher em trajos de homem, e dos que trazem mascaras; XXXV – Dos que Matão, ou ferem, ou tirão com Arcabuz, ou Besta; XXXVII – Dos delictos commettidos aleivosamente; XXXIX – Dos que arrancão em presença del-Rey, ou no Paço, ou na Corte; XLI – Do scravo, ou filho, que arrancar arma contra seu senhor, ou pai; XLIII – Dos que fazem desafio; XLV – Dos que fazem assuada, ou quebrão portas, ou as fechão de noite pôr fora; XLVIII – Dos que tirão os presos do poder da Justiça, ou das prisões, em que stão, e dos presos que assi são tirados, ou fogem da Cadeia; XLIX – Dos que resistem, ou desobedecem aos Officiaes, ou lhes dizem palavras injuriosas; LIV – Do que disser testemunho falso, e do que o faz dizer, ou commette que o diga, ou usa delle; LX – Dos furtos, e dos que trazem artifícios para abrir portas; LXI – Dos que tomão alguma cousa por força; [...] LXII – Da pena, que haverão os que achão scravos, aves, ou outras cousas, e as não entregão a seus donos, nem as apregoão; LXIII – Dos que dão ajuda aos scravos captivos para fugirem, ou os encobrem; LXVII – Dos que arrancão marco; LXVIII – Dos vadios; LXVIX – Que não entrem no Reino Ciganos, Armenios, Arabios, Persas, nem Mouriscos de Granada; LXX – Que os scravos não vivão per si, e os Negros não facão bailos em Lisboa; LXXIII – Dos Almoxarifes, Rendeiros, e Jurados, que fazem avença; LXXV – Dos que cortão Arvores de fructo, ou Sovereiros ao longo do Téjo; LXXVIII – Dos que comprão Colmêas para matar as abelhas, e dos que Matão bestas; LXXIX – Dos que são achados depois do Sino de recolher sem armas, e dos que andão embuçados; LXXX – Das armas, que são defesas, e quando se devem perder – Privilégios; LXXXII – Dos que jogão dados, ou os fazem, ou vendem, ou dão tabolagem, e de outros jogos defesos; LXXXVI – Dos que põem fogos; LXXXVII – Dos daninhos, e dos que tirão gado, ou bestas do Curral do Concelho; LXXXVIII – Das caças e pescarias defezas – Pescarias; [...] XC – Que não facão vódas, nem baptismo de fogaça, nem os amos peção por causa de seus criados; XCV – Dos que fazem carcere privado; CII – Que não hajão Alfeloeiros, nem Obreeiros; CVI – Que cousas do trato da India, e Mina, e Guiné se não poderão ter, nem tratar nellas; CVII – Dos que sem licença del-Rey vão, ou mandão á India, Mina, Guiné; e dos que indo com licença, não guardão seus Regimentos; CXI – Dos Christãos novos e Mouros, e Christãos mouriscos, que se vão para terra de Mouros, ou para as partes de Africa, e dos que os levão; XXXVII – Das execuções das penas corporaes. (PORTUGAL. **Ordenações Filipinas.** Disponível em:<http://www.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>. Acesso em: 07 jan. 2005.)

Examinando em perspectiva as Ordenações Filipinas, é correto afirmar, com Cláudio Brandão, que

> Na Idade Moderna, ainda vê-se um Direito Penal não limitado pelo Princípio da Legalidade, que deu continuidade ao terror que se verificou na Idade Média. Os monarcas utilizavam-se do direito penal com o fim de assegurar a continuidade do absolutismo. O crime deveria ser punido da maneira mais brutal possível, porque ele representava uma ofensa à própria pessoa do soberano.[43]

Esta herança histórica haveria de ter impactos residuais duradouros, especialmente em virtude da estrutura agrária do Brasil. Para compreender o uso atual da tortura, como forma de aplicação de castigo, ou para obter confissões de práticas de delitos, muitas vezes, de pouco potencial ofensivo, e, no mais das vezes, delitos contra o patrimônio, é importante realçar a origem patrimonialista do processo de colonização, quando a Coroa Portuguesa confiou a empreendedores privados a exploração de capitanias hereditárias, em que os donatários também tinham "direito à designação de capitães e governadores".[44] Ainda, o rei, no domínio da administração da justiça, isentou

> [...] as instituições brasileiras de correição e alçada, conferiu ao capitão-governador competência para nomear o ouvidor, o meirinho, os escrivães e os tabeliães, bem assim como a faculdade de vetar os juízes ordinários eleitos pelos homens bons.

Também fora delegada aos capitães-governadores "toda jurisdição cível e crime, incluindo a alta justiça (pena de morte e talhamento de membro), relacionada com os peões, índios e escravos".[45]

A aventura colonial tornou-se, com efeito, um estímulo para o enriquecimento dos portugueses sem tradição nobre e com ambição social, pois no além-mar poderiam libertar-se das rígidas cadeias sociais daquela organização estamental.

---

[43] BRANDÃO, Cláudio. **Direito Penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 29-35.
[44] COUTO, Jorge. **A Construção do Brasil.** Lisboa: Cosmos, 1998. p. 223.
[45] COUTO, Jorge. **A Construção do Brasil.** Lisboa: Cosmos, 1998. p. 223.

Como narram Arno Wehling e Maria José Wehling,

> As atribuições dos donatários eram judiciárias, fiscais e administrativas. Aplicavam a justiça: cível, com alçada até cem réis, e a criminal, podendo chegar a pena de morte para escravos, índios e homens livres. Neste último caso, para os de categoria social mais elevada, os donatários tinham competência para sentenças de degredo e multa, como prescreviam as Ordenações Manuelinas. Nos crimes mais graves, como heresia, traição, sodomia e moeda falsa, admitia-se até a condenação à morte, independentemente da condição social do réu. [...] Poderiam, também, fundar vilas, nomear funcionários e distribuir terras (sesmarias) entre colonos que preenchessem as condições determinadas em lei.[46]

Os colonizadores não queriam reproduzir no Brasil sua condição de camponeses em Portugal. Daí, não surpreende ter sido adotado o modelo monocultor e escravocrata de colonização, com a sesmaria sendo um seu instrumento legal de uso do solo e base do regime de propriedade no Brasil.

Assim, a escravidão de africanos e indígenas foi uma constante desde o início da colonização. Isso condicionou a organização da economia e da sociedade. Esse sistema não apenas desvalorizava o trabalho manual, mas igualmente retirava do negro africano e do índio brasileiro sua humanidade, tornando-os “coisas”. Estes quase nunca dispunham de si mesmos, nem de sua vida, nem de sua liberdade.

As empresas econômicas, de brancos portugueses, tinham poder de vida e de morte sobre os africanos – considerados mercadorias – e sobre os índios – considerados selvagens, muitas vezes equiparados às feras, animais sem alma.

Em seu primeiro Relatório ao Comitê contra a Tortura (ONU), o Estado brasileiro aponta que a estrutura econômica da colônia foi fundada na mão-de-obra escrava, indígena e, principalmente, africana:

> Os negros foram trazidos da África do século XVI ao XIX. A condição de escravos na qual viriam significava uma constante possibilidade de um tratamento violento da parte do senhor. À penúria das condições de vida e trabalho a que eram submetidos juntava-se a possibilidade de o senhor, ao seu arbítrio, impor os castigos que quisesse ao escravo. Privações, açoites, mutilações, palmatoadas, humilhações diversas foram práticas comuns nas

---

[46] WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Formação do Brasil Colonial.** 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 1994. p. 67

> casas e fazendas dos senhores donos de escravos durante toda a vida da colônia.[47]

Estudo do historiador Luiz Felipe de Alencastro descreve o fenômeno de desenraizamento dos negros africanos, provocando sua dessocialização – quando capturados eram apartados de suas comunidades nativas – e – despersonalização – quando foram convertidos em mercadoria. E narra como se dava a nova "socialização":

> [...] desembarcado nos postos da América portuguesa, mais uma vez submetido à venda, o africano costumava ser surrado ao chegar à fazenda. 'A primeira hospedagem que [os senhores] lhes fazem [aos escravos], logo que comprados aparecem na sua presença, é manda-los açoitar rigorosamente, sem mais causa que a vontade própria de o fazer assim, e disso mesmo se jactam [...] como inculcando-lhes, que só eles [os senhores] nasceram para competentemente dominar escravos, e serem eles temidos e respeitados'. Tal é o testemunho do padre e jurista Ribeiro Rocha, morador da Bahia, no seu tratado sobre a escravatura no Brasil, publicado em meados do século XVIII. Cem anos mais tarde, o viajante francês Adolphe d'Assier confirmava a prática de espancar os escravos logo de entrada, para ressocializá-los no contexto da opressão nas fazendas e engenhos do Império. Método de terror luso-brasílico, e mais tarde autenticamente nacional, brasileiro, o choque do bárbaro arbítrio do senhor – visando demonstrar ao recém-chegado seu novo estatuto subumano – voltou a ser praticado durante a ditadura de 1964-1985. Instruídos pela longa experiência escravocrata, os torturadores do DOI-CODI e da Operação Bandeirantes também faziam uso repentino da surra, à entrada das delegacias e das casernas, para desumanizar e aterrorizar os suspeitos de 'subversão'.[48]

O dado histórico, portanto, é que os detentores do poder econômico e também os do poder político utilizavam-se da violência contra os despossuídos – índios, negros, pobres em geral – como modo de garantir controle social, como intimidação, castigo ou mero capricho. Aprisionavam pelas correntes e pelo medo. Dominavam o corpo, com isso pretendendo também subjugar o espírito.

A reprodução tropical da ordem estamental fez com que os grandes proprietários

> [...] constituíssem uma nobreza de fato e fossem reconhecidos como 'homens bons' pelo governo para fins de preenchimento dos cargos municipais.
> Algumas [capitanias hereditárias] tinham sua câmara municipal, segundo o modelo português, onde se reunia a elite local de 'homens bons' e a

---

[47] MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. Relatório do Brasil ao Comitê contra a Tortura. p. 13-14.

[48] ALENCASTRO, Luiz Felipe de. **O Trato dos Viventes.** São Paulo: Cia. das Letras. 2000. p.148.

> ‘nobreza da terra’, para gerir a comunidade e defender seus interesses junto ao governo[49].

A colonização portuguesa no Brasil caracterizou-se, pois, pelo domínio do privado sobre o público, sendo o domínio quase exclusivo da família rural ou semi-rural; a Igreja fazendo sombra. No dizer de Gilberto Freyre,

> [...] a família é, desde o século XVI, o grande fator colonizador no Brasil, é a unidade produtiva, o capital que desbrava o solo, instala as fazendas, compra escravos, bois, ferramentas, a força social que se desdobra em política, constituindo-se na aristocracia colonial mais poderosa da América. Sobre ela o rei de Portugal quase reina sem governar. [50]

O brasilianista Thomas Skidmore observa que a natureza da escravidão no Brasil colonial não era significativamente diversa da escravidão africana na América espanhola ou inglesa, havendo de comum entre elas o fato de que todas negavam direitos aos escravos e usavam de coerção, incluindo brutalidade freqüente, para manter a subserviência:

> Padres e oficiais da Coroa regularmente denunciavam fazendeiros que, nas palavras de um jesuíta, ‘por ofensas insignificantes jogavam seus escravos vivos na fornalha, ou os matavam de várias maneiras bárbaras e desumanas’.[51]

Veremos que a transformação do Brasil em Império não modificará muito a situação vivida pelos escravos, peões e índios.

Os fortes ventos liberalizantes que sopravam na Europa e na América do Norte chegaram ao Brasil, embora como uma mera brisa ou um leve sopro. Mas a nobre casa de portugueses que regia o Brasil, e também Portugal, pretendeu edificar uma nação européia nos trópicos.

Os Estados Unidos já se tinham tornado Estado Federal, com forma republicana e regime presidencial de governo, com uma constituição escrita, prescrevendo a separação de poderes entre o Executivo, o Judiciário e o Legislativo, observando o modelo prescrito por Montesquieu, ao observar o regime inglês. Também

---

[49] WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Formação do Brasil Colonial.** 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 1994. p. 79-80

[50] FREYRE, Gilberto. **Casa Grande & Senzala**. Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 92.

[51] SKIDMORE, Thomas E.. **Uma história do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1998. p. 34.

influenciava a elite portuguesa e luso-brasileira, a vitoriosa Revolução Francesa, de 1789 e sua proclamação dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Portugal, contudo, apenas reconstituía-se. Fora invadido pelo irmão de Napoleão Bonaparte, e a Corte fora obrigada a fugir para o Brasil ("transmigrar" é a palavra usada na história para nobres fujões). A monarquia absolutista já pensava em tornar-se monarquia "moderna", constitucional, limitada.

A Inquisição foi encerrada em Portugal em 1821. E em junho de 1822, antes mesmo da proclamação da independência, o então Príncipe Regente Pedro de Alcântara (futuro Pedro I, do Brasil, e Pedro IV, de Portugal) convocou uma assembléia constituinte, para dotar o Brasil de um documento fundador. A primeira constituinte brasileira surgiu limitada, pois decorria da vontade de um soberano, que impunha, antecipadamente, limites aos trabalhos e competências daquele órgão de representação do povo. A Assembléia veio a instalar-se em maio de 1823.

A Constituição de 1824 foi outorgada pelo já proclamado Imperador do Brasil, Pedro I, após dissolver a Assembléia Constituinte, poucos meses após sua instalação. A dissolução deu-se em virtude de desentendimentos políticos entre o Imperador e constituintes brasileiros de prestígio e respeitabilidade, que queriam maior independência do Brasil frente a Portugal, bem assim menos influência dos portugueses do "velho regime". Entretanto, o velho e o novo confundiam-se na figura do Imperador Pedro I, que era português e herdeiro do trono.

Ainda que tenha sido pouco o tempo de reunião e de debates na Constituinte de 1823, esta produziu um anteprojeto de Constituição, que serviu de base para o documento outorgado por Pedro I.

A Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, garantiu, em seu artigo 179, incisos 19 e 21, que "desde já ficam abolidos os açoutes, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis", e "as cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza de seus crimes".

A Constituição estava, formalmente, em sintonia com os princípios das reformas do sistema punitivo em vigor na Europa. Mas os castigos e suplícios a que os escravos continuavam submetidos não diminuíram, nem foram substituídos por outras formas de punição. A razão de não ter havido mudança, senão no texto da norma, pode ser esclarecida por essa passagem de Michel Foucault, ao se referir à reforma penal, em curso na Europa:

> O verdadeiro objetivo da reforma, e isso desde suas formulações mais gerais, não é tanto fundar um novo direito de punir a partir de princípios mais eqüitativos; mas estabelecer uma nova 'economia' do poder de castigar, assegurar uma melhor distribuição dele, fazer com que não fique concentrado demais em alguns pontos privilegiados, nem partilhado demais entre instâncias que se opõem; que seja repartido em circuitos homogêneos que possam ser exercidos em toda parte, de maneira contínua, e até o mais fino grão do corpo social.[52]

Ora, não ocorrera na transformação do Brasil colônia em Brasil Império o estabelecimento de uma nova "economia" do poder de castigar. Permanecia a velha e consolidada ordem escravocrata, com o mando ilimitado do senhor de terras e de escravos.

Como explicam Arno Wehling e Maria José Wehling, "Para repressão ao crime havia duas justiças paralelas: a oficial, representada pela máquina judiciária estatal, e a privada, exercida pelos proprietários rurais em seus domínios, ou mesmo fora deles."[53]

Havia enorme contradição entre o previsto na Constituição de 1824 e o escrito no Código Criminal do Império, de 1830 (que revogou o Livro V das Ordenações Filipinas, de 1603). De fato, o novel Código determinava, em seu artigo 60, que

> [...] se o réu for **escravo**, e incorrer em pena que não seja a capital ou de galés, será **condenado na de açoites** e, depois de os sofrer, será entregue ao seu senhor, que se obrigará a trazê-lo com um ferro pelo tempo e maneira que o juiz o designar. O número de açoites será fixado na sentença e o escravo não poderá levar por dia mais de cinqüenta. (grifo nosso)

---

[52] FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir:** Nascimento da Prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. 25. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 68.

[53] WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Formação do Brasil Colonial.** 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 1994. p. 274.

Não esperava o proprietário que a justiça condenasse seu escravo e aplicasse o castigo. Ele próprio fazia isso. Autorizado por lei, até. Ainda é o Código Criminal de 1830 que dizia:

> Art. 14. Será o crime justificável, e não terá lugar à punição delle:
> 6º Quando o mal consistir no castigo moderado que os pais derem a seus filhos, os senhores a seus escravos e os mestres a seus discípulos; ou desse castigo resultar, uma vez que a qualidade delle não seja contraria ás leis em vigor.

É Gilberto Freyre quem observa :

> Sobre o filho de família escravocrata agiam influências sociais – sua condição de senhor cercado de escravos e animais dóceis – induzindo-o à bestialidade e ao sadismo.
> Transforma-se o sadismo do menino e do adolescente no gosto de mandar dar surra, de mandar arrancar dente de negro ladrão de cana, de mandar brigar na sua presença capoeiras, galos e canários. No gosto de mando violento ou perverso que explodia no senhor de engenho ou no filho bacharel quando no exercício de posição elevada, política ou de administração pública; ou no simples e puro gosto de mando, característico de todo brasileiro nascido ou criado em casa-grande de engenho. [54]

E a intensidade do castigo, de modo a admitir a moderação e se coibir o excesso? Não havia como monitorar ou verificar. Isso porque o excesso não poderia, na prática, ser denunciado, desde que o Código de Processo Criminal de Primeira Instância, de 1832, não admitia denúncias do escravo contra o senhor (art. 75, § 2º), nem permitia ao escravo ser testemunha (art. 89). Essa circunstância, aliás, e como já referido por Thomas Skidmore, não era exclusiva do escravismo no Brasil, mas do regime escravocrata em geral. Veja-se, adiante, comentário à decisão da Suprema Corte dos EUA, de 1856, julgando o caso Scott v. Sandford (1856) [60 U.S. 393].

Os *"homens bons"*, da elite rural, tinham o poder de mando sobre seus escravos. De vida e morte, na prática. Podiam *"corrigi-los"*, sem que, de fato, os castigos corporais, qualquer que fosse a severidade, pudessem ser considerados crimes contra os escravos.

---

[54] FREYRE, Gilberto. **Casa Grande & Senzala**. Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 122.

A Constituição Imperial, como se vê, aplicava-se aos cidadãos do império. Mas não estendia sua proteção aos escravos. Os escravos não eram gente, não eram humanos. Eram coisa. Mercadoria.

O historiador brasileiro José Honório Rodrigues fez relevante exame dos debates havidos na Constituinte de 1823. E aponta o conteúdo das discussões referentes ao conceito de "cidadão brasileiro", para os fins da proteção constitucional:

> França declara que não se pode deixar 'de fazer esta diferença entre brasileiros e cidadãos brasileiros. Segundo a qualidade da nossa população, os filhos dos negros, crioulos cativos, são nascidos no território brasileiro, mas não são cidadãos brasileiros. Devemos fazer esta diferença: brasileiro é que nasce no Brasil, e cidadão brasileiro é aquele que tem direitos cívicos. Os índios que vivem nos bosques são brasileiros enquanto não abraçam a nossa civilização. Convém, por conseqüência, fazer esta diferença por ser heterogênea a nossa população'.
> Era a primeira vez que se falava essa linguagem clara e franca, revelando que o Brasil era uma sociedade de classe multirracial. Montezuma, mulato baiano, levanta-se para responder ao catarinense, deputado do Rio de Janeiro, que falava de índios e crioulos cativos: 'Cuido que não tratamos aqui senão dos que fazem a sociedade brasileira, falamos aqui dos súditos do Império do Brasil, únicos que gozam dos cômodos da nossa sociedade, e sofrem seus incômodos, que têm os direitos e obrigações no pacto social'. Os índios estão fora da nossa sociedade, continua Montezuma, não são súditos do Império, não o reconhecem, vivem em guerra aberta conosco. Não têm direitos, porque não reconhecem deveres. Não devem ser desprezados, antes devem ser facilitados os meios de os chamar à civilização, e o fato de nascerem conosco no mesmo território nos impõe esse dever. Quanto aos crioulos cativos, Deus queira que quanto antes purifiquemos de uma tão negra mancha às nossas instituições políticas. (...) [sic] No exercício dos direitos na sociedade, são considerados coisas ou propriedade de alguém; como tais as leis os tratam e, sendo assim, como chamá-los de cidadãos brasileiros? Os escravos não passam de habitantes do Brasil.[55]

É curioso como essas palavras duras e secas, proferidas na constituinte de 1823, expressavam o pensamento das classes dominantes da época, em que prevaleciam os sistemas escravocratas, e parecem ecoar ainda hoje, no Brasil democrático, revelando a idéia e o pensamento de que quem não tem (ou não cumpre com suas) obrigações não tem direitos.

Aquelas idéias de Montezuma prevaleciam não apenas no Brasil oitocentista, mas igualmente nos Estados Unidos da América daquela época, que tinham uma

---

[55] RODRIGUES, José Honório. **A Assembléia Constituinte de 1823**. Petrópolis: Vozes, 1974. p. 123.

Constituição que servia de modelo para um constitucionalismo consagrador das liberdades.

Um caso julgado pela Suprema Corte Americana, em 1856, caracteriza bem essa situação. Dred Scott era um negro, que, juntamente com quem viria a ser sua esposa, tinha sido escravo de um militar do exército americano. O militar, em determinado período de sua vida, fora morar em uma instalação do exército, localizada no Estado de Louisiana. Este tinha sido adquirido pelos Estados Unidos à França, em cujo tratado de alienação havia expressa referência à proibição de escravatura naquele território.

Dred Scott e sua mulher foram vendidos ao senhor John Sanford. O novo proprietário, para garantir sua "posse" sobre os novos escravos, usou da força para aprisionar Dred Scott, sua mulher e filhos. Dred Scott moveu ação contra John Sanford, acusando-o de agressão e afirmando a condição de não mais escravos, mas de cidadãos, tendo conquistado a liberdade – e com ela a cidadania – em decorrência do fato de terem vivido em território livre da escravidão.

Em uma decisão, que é hoje considerada uma mancha negra na história do Judiciário americano, a Suprema Corte, em voto condutor do Ministro Tainey, decidiu:

> Scott v. Sandford (1856) 60 U.S. 393. 4. Um negro livre de raça africana, cujos ancestrais foram trazidos para esse país e vendidos como escravos, não é um 'cidadão', no sentido da Constituição dos Estados Unidos. 5. Quando a Constituição foi adotada, eles não foram considerados em nenhum dos Estados como membros da comunidade que constituía o Estado, e não foram enumerados entre seu 'povo ou seus cidadãos'. Conseqüentemente, os direitos e imunidades especiais garantidos aos cidadãos não se aplicam a eles. E não sendo 'cidadãos' no sentido da Constituição, eles não são legitimados naquelas condições a ingressar com ação judicial em uma corte dos Estados Unidos e a Corte do Circuito não tem jurisdição em tal ação. 6. As únicas duas cláusulas na Constituição que apontam para essa raça, trata-a como de pessoas a quem era moral e juridicamente tratadas como artigos de propriedade e mantê-las como escravos. 7. Desde a adoção da Constituição dos Estados Unidos, nenhum Estado pode por lei subseqüente tornar um estrangeiro ou pessoas de qualquer outro tipo de pessoa cidadãos dos Estados Unidos, nem reconhecer-lhes direitos e privilégios assegurados aos cidadãos por este instrumento. [56]

[56] No original: "4. A free negro of the African race, whose ancestors were brought to this country and sold as slaves, is not a "citizen" within the meaning of the Constitution of the United States. 5. When

Lá como cá, em sociedades de senhores e escravos, a expressão de que “todos são iguais” deve ser entendida no sentido atribuído por George Orwell: mas alguns são mais iguais dos que os outros!

A República manteve castigos físicos sobre escravos, sem possibilidade de controle dos abusos dos senhores. E resultou por consolidar o conceito de quem poderia ser torturado.

No final do Século XIX, com a Constituição Republicana de 1891, são abolidas as penas de galés, banimento e de morte. Incorporando valores e avanços da época, surge o novo Código Penal, substituindo as antigas penas corporais por perda da liberdade em prisões, estas sendo lugares não apenas para punição, mas também para “cura” e “reabilitação”, nos quais os condenados aprenderiam a “readaptar-se à sociedade civil”.[57]

Embora seja possível reconhecer avanços, com a extinção dos privilégios de nobreza e a extensão formal a todos das garantias constitucionais, a estrutura social de poder quase não mudou, tendo havido apenas mudança das oligarquias a comandar a política e o destino da nação. O Brasil conservava-se um país rural, donde a permanência da importância das suas oligarquias.

O processo de urbanização e a incipiente industrialização geraram antagonismos entre as correntes de poder na sociedade. A quebra de compromissos políticos do Presidente Washington Luís fez com que a aliança do “café-com-leite” fosse rompida, fazendo surgir a Aliança Liberal, com Getúlio Vargas, do Rio Grande do

---

the Constitution was adopted, they were not regarded in any of the States as members of the community which constituted the State, and were not numbered among its "people or citizens." Consequently, the special rights and immunities guarantied to citizens do not apply to them. And not being "citizens" within the meaning of the Constitution, they are not entitled to sue in that character in a court of the United States, and the Circuit Court has not jurisdiction in such a suit. *6. The only two clauses in the Constitution which point to this race treat them as persons whom it was morally lawfully to deal in as articles of property and to hold as slaves. 7. Since the adoption of the Constitution of the United States, no State can by any subsequent law make a foreigner or any other description of persons citizens of [60 U.S. 394] the United States, nor entitle them to the rights and privileges secured to citizens by that instrument.*

[57] CASSESE, Antonio. **Inhuman States**. Cambridge (USA): Polity, 1996. p. 129.

Sul, comandando resistência nacional, tendo por aliados os Governadores de Minas e da Paraíba, entre outros.

Derrotado nas urnas por Júlio Prestes (candidato governista), Getúlio Vargas liderou, poucos meses depois, a Revolução de 30, cujo estopim foi a morte de João Pessoa.

A Revolução de 30 pretendia modernizar o país, contra o atraso imposto pelas oligarquias rurais. O processo de industrialização fomentado pelo Governo Vargas e o surgimento de uma classe operária, em um contexto internacional de polarização entre esquerda comunista e direita fascista ou nazista, permitiram a Getúlio Vargas desenvolver uma grande e permanente mobilização popular, criando condições políticas para desconsiderar o papel do Legislativo e criar canais de comunicação diretamente com os trabalhadores, por meio dos sindicatos e ligas operárias.

Getúlio Vargas soube trabalhar com os medos e temores da população e, dono de um enorme poder de manipulação de dados e fatos, exercia controle dos meios de comunicação. Fabricava “factóides” e, com isso, obtinha condições para fazer agir o Congresso de acordo com os seus interesses. Até não mais precisar do Congresso. Foi assim com o fabricado “Plano Cohen”, farsa que acenava com ameaça comunista, o que pretextou o golpe do Estado Novo, tendo sido decretada a dissolução das casas legislativas e a edição de uma nova Constituição, com poderes ditatoriais para o Presidente, não sujeito a controle pelo Judiciário.

Não há estudos sobre a tortura utilizada contra o criminoso comum. Mas, na ditadura, a tortura ressurge como instrumento explícito de dominação, sendo utilizado contra novas vítimas, agora, não apenas os pobres e despossuídos de sempre, mas também intelectuais, estudantes, líderes de oposição etc.

O panorama social que nutria a prática da tortura era a concentração de poderes no ditador; a ausência de controle jurídico dos seus atos; a edição de normas penais, de caráter vago e lacunoso, interpretadas arbitrariamente por julgadores sem independência e imparcialidade; a negação de acesso a recursos jurídicos para confrontar o arbítrio. Tudo isso num ambiente de suspeição e de censura aos meios de comunicação.

Um último aspecto a ser mencionado é a reforma do Código Penal, ocorrida em 1940. Esse diploma legal traz a tortura não como crime autônomo, mas como meio utilizado para a prática de outros delitos, que atua como circunstância agravante nas penas da conduta principal, tida como criminosa.

Os comentários ao Código Penal são invariavelmente anêmicos na conceituação do que viesse a ser considerado “tortura”. Todos reservam poucas linhas, sendo uniformes em afirmar tratar-se de aplicação de suplícios desnecessários, crueldade e tormentos, com o propósito de acrescentar sofrimento à vítima. De todo modo, trataremos deles de modo pormenorizado, quando da discussão, na 2ª parte, dos aspectos normativos e dogmáticos da proibição da tortura no Brasil.

A redemocratização de 1946 não trouxe inovações ao quadro institucional. Nem considerou o constituinte de 45 necessário reafirmar a proibição da tortura. Era como se, uma vez dita sua proibição na Constituição de 1824, já tivesse sido banida a sua prática, a não ensejar reforço em garantia com sede constitucional. Ou então, achava-se que o debate não merecia foro constitucional, mas de lei ordinária.

O Brasil vivenciou de março de 1964 a março de 1985 o regime militar, grande parte do qual caracterizado por ser um “regime de exceção”. Instalado pela força das armas, o regime militar derrubou um presidente democraticamente eleito e interveio na sociedade civil. Usou de instrumentos jurídicos intitulados “atos institucionais”, por meio dos quais se procurou 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, políticos, advogados, cidadãos, enfim, todos que ousavam discordar do regime de força 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.

A ditadura não inventou a tortura, mas exacerbou-a. E adotou essa prática de modo intenso, “aprimorando” os mecanismos já utilizados nos períodos anteriores à sua instalação.

A escalada repressiva, deflagrada a partir do Ato Institucional nº 5, ancorou-se em pretexto utilizado pelas Forças Armadas:

> [...] as denúncias sustentadas dentro do próprio partido de oposição criado pelo regime, o crescimento das manifestações de rua e o surgimento de grupos de oposição armada, que justificavam sua decisão com o argumento de que os canais institucionais seriam incapazes de fazer frente ao poder ditatorial.[58]

O jornalista Carlos Fon conta que, para coordenar as ações civis e militares, foi criada a Operação Bandeirantes, em São Paulo. A cidade era considerada centro irradiador dos movimentos de esquerda na época. Segundo Carlos Fon,

> Rapidez, informações e potência de fogo’ é o tripé em que se baseia o segredo da eficiência dos chamados órgãos de segurança. Foi com o objetivo de fornecer rapidamente informações aos grupos de choque – encarregados de combate armado, nas ruas – que, em fins da década passada, foram montadas as estruturas dos organismos de repressão política com suas equipes de interrogatório, análise e capturas. E foi também essa necessidade de informações rápidas a responsável pela avalanche de denúncias de torturas que cobriram o país nos últimos anos[59].

Ainda é Carlos Fon quem narra:

> Sistematizado para o combate à subversão, o uso da tortura generalizou-se rapidamente entre os militares brasileiros a partir do ano de 1969. O recurso à violência atingiu tais dimensões que, nos anos seguintes, seria utilizado indiscriminadamente até mesmo dentro das Forças Armadas, para a apuração de crimes comuns praticados por militares, chegando a atingir integrantes dos próprios órgãos de segurança, torturados por seus ex-companheiros.[60]

Para utilizar a tortura de modo sistemático e generalizado, como método de investigação, para obter confissão ou informação, para intimidar, ou ainda castigar, o

---

[58] ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. **Brasil: nunca mais:** um relato para a história. Prefácio do Cardeal D. Paulo Evaristo Arns. 31. ed. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 62.

[59] FON, Antônio Carlos. **Tortura:** a história da repressão política no Brasil. São Paulo: Global, 1979. p. 19

[60] FON, Antônio Carlos. **Tortura:** a história da repressão política no Brasil. São Paulo: Global, 1979. p. 49.

regime militar precisou de planejamento estratégico e intercâmbio de experiência. Não havia espaço para o amadorismo e para a improvisação.

Como afirmado no documento “Brasil Nunca Mais”, de “simples”

> [...] abuso cometido pelos interrogadores sobre o preso, a tortura no Brasil passou, com o Regime Militar, à condição de “método científico”, incluído em currículos de formação de militares. O ensino deste método de arrancar confissões e informações não era meramente teórico. Era prático, com pessoas realmente torturadas, servindo de cobaias neste macabro aprendizado.[61]

Ainda segundo esse documento, “Os torturadores não apenas se gabavam de sua sofisticada tecnologia da dor, mas também alardeavam estar em condições de exportá-la ao sistema repressivo de outros países.”[62] A tecnologia incluía não só o uso de instrumentos simples ou sofisticados, mas, especialmente, o auxílio de conhecimentos médicos e psicológicos, a serviço do aparato de tortura, manipulando a dor e, com a dor, produzindo o medo. Medo da dor. Dor do medo. Medo do medo. Até aniquilar a vontade e desestruturar o torturado em corpo e alma.

O saldo dessa ciência da dor ainda hoje é sentido. Milhares de exilados e de mandatos cassados. Centenas de desaparecidos e mortos. Muitos deles insepultos na memória.

A legislação pós-64 foi escrita com pólvora. Sua força persuasiva não decorria de palavras que encontravam ecos na sociedade civil, mas da ameaça de baionetas caladas e tanques eloqüentes.

Em 9 de abril de 1964, os militares editam ato institucional (que seria, porque depois adviriam outros, crismado de “Ato Institucional nº 1”), o qual é auto-explicativo:

> A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destitui o

[61] ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. **Brasil: nunca mais:** um relato para a história. Prefácio do Cardeal D. Paulo Evaristo Arns. 31. ed. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 32.

[62] ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. **Brasil: nunca mais:** um relato para a história. Prefácio do Cardeal D. Paulo Evaristo Arns. 31. ed. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 32-33.

> governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória. Os Chefes da revolução vitoriosa, graças à ação das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o Povo é o único titular.[63]

Continua o texto do AI 1:

> A revolução vitoriosa necessita de se institucionalizar e se apressa pela sua institucionalização a limitar os plenos poderes de que efetivamente dispõe.
> **O presente Ato institucional só poderia ser editado pela revolução vitoriosa, representada pelos Comandos em Chefe das três Armas que respondem, no momento, pela realização dos objetivos revolucionários, cuja frustração estão decididas a impedir. Os processos constitucionais não funcionaram para destituir o governo, que deliberadamente se dispunha a bolchevizar o País. Destituído pela revolução, só a esta cabe ditar as normas e os processos de constituição do novo governo e atribuir-lhe os poderes ou os instrumentos jurídicos que lhe assegurem o exercício do Poder no exclusivo interesse do País. Para demonstrar que não pretendemos radicalizar o processo revolucionário, decidimos manter a Constituição de 1946, limitando-nos a modificá-la, apenas, na parte relativa aos poderes do Presidente da República, a fim de que este possa cumprir a missão de restaurar no Brasil a ordem econômica e financeira e tomar as urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista, cuja purulência já se havia infiltrado não só na cúpula do governo como nas suas dependências administrativas. Para reduzir ainda mais os plenos poderes de que se acha investida a revolução vitoriosa, resolvemos, igualmente, manter o Congresso Nacional, com as reservas relativas aos seus poderes, constantes do presente Ato Institucional.**
> **Fica, assim, bem claro que a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é que recebe deste Ato Institucional, resultante do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções, a sua legitimação[64].** (grifo nosso)

O Ato Institucional nº 1 reformou a Constituição de 1946; permitiu a suspensão das garantias de vitaliciedade e estabilidade; autorizou investigação sumária, de que poderia resultar demissão ou dispensa de agentes públicos vitalícios ou estáveis, disponibilidade, reforma ou transferência para a reserva; restringiu o controle judiciário a aspectos de legalidade extrínseca, entre outros. Previu a eleição indireta para o "mandato tampão" até 31 de janeiro de 1966 e fixou para 3 de outubro de 1965 a data da eleição presidencial direta.

---

[63] BRASIL. **Ato institucional nº 1.** Diário Oficial de 9 de abril de 1964, pág. 3.193. Rep. no *DO* de 11 de abril de 1964, pág. 3.257. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em: 03 mar. 2005.

[64] BRASIL. **Ato institucional nº 1.** Diário Oficial de 9 de abril de 1964, pág. 3.193. Rep. no *DO* de 11 de abril de 1964, pág. 3.257. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em: 03 mar. 2005.

Houve usurpação pelos militares de poderes soberanos do povo, de poderes legislativos do Congresso e da autonomia do Judiciário. Diferentemente do anunciado no Ato Institucional de abril de 1964, não haveria eleições diretas presidenciais em outubro de 1965. Os ditadores militares intervieram novamente na ordem constitucional, por ato agora numerado AI 2, e disseram que

> A revolução está viva e não retrocede. Tem promovido reformas e vai continuar a empreendê-las, insistindo patrioticamente em seus propósitos de recuperação econômica, financeira, política e moral do Brasil. Para isto precisa de tranqüilidade. Agitadores de vários matizes e elementos da situação eliminada teimam, entretanto, em se valer do fato de haver ela reduzido a curto tempo o seu período de indispensável restrição a certas garantias constitucionais, e já ameaçam e desafiam a própria ordem revolucionária, precisamente no momento em que esta, atenta aos problemas administrativos, procura colocar o povo na prática e na disciplina do exercício democrático. Democracia supõe liberdade, mas não exclui responsabilidade nem importa em licença para contrariar a própria vocação política da Nação. Não se pode desconstituir a revolução, implantada para restabelecer a paz, promover o bem-estar do povo e preservar a honra nacional.[65]

Essa introdução retórica era para dizer que, mais uma vez, as garantias constitucionais de vitaliciedade e estabilidade estavam suspensas; os direitos políticos poderiam ser suspensos, sem maiores formalidades; mudava-se a Constituição para ampliar a composição do Supremo Tribunal Federal de 11 para 16 ministros; criava-se a Justiça Federal, com os juízes sendo nomeados sem concurso público; os atos “revolucionários” (todos praticados direta ou indiretamente com base nos atos institucionais e outros) não estavam sujeitos a controle pelo Poder Judiciário.

Essa última norma introduzia o que se convencionou chamar de *Bill of indemnity*, ou regra de indenidade, ou imunidade para apreciação pelo Judiciário.
A eleição presidencial passaria a ser indireta, realizada pelo Congresso Nacional.

Houve ainda exercício pelos ditadores militares de poderes legislativos, editando normas criminais de exceção, com conceitos amplos, genéricos, vagos e lacunosos,

---

[65] BRASIL. **Ato institucional nº 2.** Diário Oficial de 27 de outubro de 1965, pág. 11.017. Ret. no *D.O.* de 28-10-65, pág. 11.065. Rep. no *D.O.* de 5-11-65, pág. 11.353. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em: 03 mar. 2005.

dando margem a arbítrios de interpretação (violando a consolidada função garantística do direito penal).

Nos Atos Institucionais 1 e 2, os militares já se tinham atribuído a prerrogativa de substituir o legislador ordinário em qualquer matéria. E fizeram-no em especial para estabelecer censura à imprensa e definir a criminalidade política, mesclando conceitos tradicionais de crimes contra o Estado com conceitos novos, arbitrários e abusivos, moldados em termos amplos, genéricos, vagos e lacunosos, dando margem a arbítrios de interpretação e negando a função garantística, própria do direito penal.

Quando se examinam aspectos penais das legislações ditatoriais, percebe-se não ser toda e qualquer legalidade que, *per se*, serve de garantia ao cidadão. Só serve de garantia a legalidade democrática, sendo a legalidade da ditadura maior instrumento de terror. Esta vem sempre em um conjunto de medidas que restringem o exercício e o gozo dos direitos fundamentais.

A primeira Lei de Segurança Nacional do regime militar foi o Decreto-lei nº 314, de 13 de março de 1967, editado nos últimos dias do Governo de Castelo Branco. Esse documento, duro, pretendia evitar um de dureza maior. Não conseguiria.

A situação política agravou-se, com atos de resistência ao regime militar, fazendo-se mais evidentes e mobilizadores da opinião pública.

O documento jurídico mais draconiano do regime militar foi o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. O Presidente Costa e Silva, que o editou, considerou

> [...] que atos nitidamente subversivos, oriundos dos mais distintos setores políticos e culturais, comprovam que os instrumentos jurídicos, que a Revolução vitoriosa outorgou à Nação para sua defesa, desenvolvimento e bem-estar de seu povo, estão servindo de meios para combatê-la e destruí-la.[66]

[66] BRASIL. **Ato institucional nº 5.** Diário Oficial de 13 de dezembro de 1968, pág. 10.801. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em: 03 mar. 2005.

A resposta sendo explicitação de conservarem os militares poderes para decretar o recesso do Congresso Nacional; suspender direitos políticos; suspender garantias constitucionais de estabilidade, vitaliciedade e inamovibilidade; confiscar bens de suspeitos de corrupção; suspensão do uso do *habeas corpus*, em crimes políticos; renovação de uma *bill* de indenidade.

Na esteira do endurecimento do regime, vários senadores e deputados foram cassados. A guilhotina do regime de exceção alcançou ainda três ministros do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, em fevereiro de 1969, os ministros Evandro Lins e Silva, Victor Nunes Leal e Hermes Lima foram cassados.

Foi editada uma nova Lei de Segurança Nacional, agora por intermédio do DL 898, de 29 de setembro de 1969. Segundo as disposições desse decreto-lei, ”toda pessoa natural ou jurídica é responsável pela segurança nacional, nos limites definidos em lei” (art 1º); sendo que por “segurança nacional entende-se a garantia da consecução dos objetivos nacionais contra antagonismos, tanto internos como externos” (art 2º); e tal conceito **“**compreende, essencialmente, medidas destinadas à preservação da segurança externa e interna, inclusive a prevenção e repressão da guerra psicológica adversa e da guerra revolucionária ou subversiva.”

Invés de esclarecer, o estabelecimento das definições mais dúvidas e ambigüidades trazia:

> § 1º A segurança interna, integrada na segurança nacional, diz respeito às ameaças ou pressões antagônicas, de qualquer origem, fôrma ou natureza, que se manifestem ou produzam efeito no país; § 2º A guerra psicológica adversa é o emprego da propaganda, da contra-propaganda e de ações nos campos político, econômico, psicossocial e militar, com a finalidade de influenciar ou provocar opiniões, emoções, atitudes e comportamentos de grupos estrangeiros, inimigos, neutros ou amigos, contra a consecução dos objetivos nacionais; § 3º A guerra revolucionária é o conflito interno, geralmente inspirado em uma ideologia, ou auxiliado do exterior, que visa à conquista subversiva do poder pelo controle progressivo da Nação.[67]

A pena de morte foi introduzida. Assim como a prisão incomunicado.

---

[67] BRASIL. Decreto-Lei nº 898, de 29 de setembro de 1969, define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em: 10 fev. 2005.

Tudo era crime contra a segurança nacional, desde “entrar em entendimento com governo estrangeiro para provocar guerra ou hostilidade ao Brasil” (art. 8º), passando por distribuir panfletos “subversivos”, a “divulgar, por qualquer meio de comunicação social, notícia falsa, tendenciosa ou fato verdadeiro truncado ou deturpado, de modo a indispor ou tentar indispor o povo com as autoridades constituídas”, ou “assaltar, roubar ou depredar estabelecimento de crédito ou financiamento, qualquer que seja a sua motivação”, “devastar, saquear, assaltar, roubar, sequestrar, incendiar, depredar ou praticar atentado pessoal, ato de massacre, sabotagem ou terrorismo”; “ofender moralmente quem exerça autoridade, por motivos de facciosismo ou inconformismo político-social”, “fazer propaganda subversiva” etc.[68]

Ainda de acordo com as disposições do DL 898/69, o processamento e julgamento dos crimes nele previstos “ficam sujeitos ao fôro militar”, aplicando-se a regra tanto para os militares como para os civis (art. 56).

Além disso, o suspeito poderia ser preso por até 30 dias, sem ordem judicial e ficar incomunicado por até 10 dias (art. 59).

Vistas em conjunto, a prisão administrativa, e incomunicado; a atribuição de competência a uma justiça militar, formada por militares e condicionada ao princípio da subordinação hierárquica e aos conceitos de “segurança nacional”, para julgar os suspeitos de prática de crimes políticos contra a segurança nacional (ausência de julgamento justo, por um órgão judicial independente); a proibição do uso do *habeas corpus* (ausência de remédio processual); a indenidade dos “atos revolucionários” (ausência de controle judicial); a censura sobre os meios de comunicação e sobre as atividades públicas em geral; e o processo generalizado de cassação e perseguição a políticos de oposição, professores, estudantes, líderes sindicais etc., tiveram como efeito prático impedir que, internamente, pudesse haver caminhos jurídicos para denunciar a prática da tortura, ou impedi-la. Por outro lado, no contexto jurídico em que se materializava a prática da tortura, os torturadores julgavam-se fazendo o que deveria ser feito contra quem merecia que fosse feito. Os atingidos não eram

[68] BRASIL. Decreto-Lei nº 898, de 29 de setembro de 1969, define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em: 10 fev. 2005.

pessoas boas, normais, iguais aos cidadãos comuns: eram subversivos. Inimigos do regime. Traidores da Pátria. Contra eles não podia haver clemência. Seus atos não mereciam perdão. Contra a Pátria, subversivos não tinham direitos.

Os torturadores mais temidos, pelos que se opunham ao regime, eram os mais admirados e celebrados pelos que davam sustentação ao regime. Como já referido, "os torturadores não apenas se gabavam de sua sofisticada tecnologia da dor, mas também alardeavam estar em condições de exportá-la ao sistema repressivo de outros países."[69] Freqüentavam as altas rodas e tinham enorme influência política e social. Não eram vistos como "monstros" desequilibrados. Mas como grandes patriotas, que ajudavam o governo militar a "drenar o bolsão comunista, cuja purulência já se havia infiltrado não só na cúpula do governo como nas suas dependências administrativas"[70]

[69] ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. **Brasil: nunca mais:** um relato para a história. Prefácio do Cardeal D. Paulo Evaristo Arns. 31. ed. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 33.
[70] BRASIL. **Ato institucional nº 1.** Diário Oficial de 9 de abril de 1964, pág. 3.193. Rep. no *DO* de 11 de abril de 1964, pág. 3.257. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em: 03 mar. 2005.

2. AS DENÚNCIAS DE TORTURA CONTRA O REGIME MILITAR

Os abusos e violações aos direitos humanos não ocorreram sem resistência e sem denúncias. No cenário nacional, a Igreja Católica, a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, a Associação Brasileira de Imprensa – ABI e alguns outros segmentos mais progressistas da sociedade civil exerciam pressão sobre os militares e sobre a opinião pública. Um documento marcante do período é o produzido pela Arquidiocese de São Paulo, Dom Paulo Evaristo Arns à frente: Brasil Nunca Mais.

No âmbito internacional, a Anistia Internacional e outras entidades formulavam denúncias e levavam à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos os casos brasileiros.

No Relatório Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 1970, 40 denúncias tinham sido dirigidas àquele órgão internacional de monitoramento, referindo-se a nove casos concretos, ocorridos no Brasil.

A primeira condenação do Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por atos de tortura ocorridos no período da ditadura militar, foi no Caso 1683, referente ao sindicalista Olavo Hansen.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu, em 9 de junho de 1970, denúncia contra o governo brasileiro pelo assassinato de Olavo Hansen, dirigente do sindicato dos trabalhadores têxteis de São Paulo. Segundo o documento, o sindicalista foi detido com outros 16 trabalhadores, ao participar das comemorações do 1º de Maio. A denúncia informa que Olavo Hansen foi conduzido ao DOPS Delegacia de Ordem Política e Social, sendo submetido a interrogatórios, tendo sido maltratado, ficando em “condições físicas lastimáveis”. Ficou alguns dias preso. Seu corpo foi depois encontrado perto do Museu do Ipiranga, no dia 13 de maio, cheio de contusões, hematomas, “produto das brutais torturas a que fora submetido”.[71]

---

[71] COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**. Informe anual de la comisión interamericana de de derechos humanos 1973**. Disponível em: <http://www.cidh.org/annualrep/ 73sp/sec.1.Brasil.htm>. Acesso em: 20 set. 2004.

A Comissão Interamericana solicitou do governo brasileiro informações e pediu autorização para visitar o Brasil. A autorização foi negada. Quanto às informações, o governo afirmou que o líder sindical havia-se suicidado. O governo acusou o sindicalista de "distribuir panfletos subversivos", durante concentração de trabalhadores, pelo que fora conduzido à "Operação Bandeirantes". De lá fora conduzido ao DOPS, "onde se sentiu mal", pelo que "foi internado no Hospital Militar do Exército, onde veio a falecer". A autópsia deu como "indeterminada" a causa mortis. Uma investigação conduzida por um certo delegado, José Veríssimo de Melo, concluiu pelo suicídio. O Poder Judiciário arquivou o inquérito, "por não encontrar elementos objetivos de convicção de que a morte houvesse sido causada criminalmente". [72]

Decidindo a matéria, a Comissão não acolheu os argumentos do Governo brasileiro e considerou ter havido violação ao direito à vida, em razão de ter o sindicalista sido morto, enquanto em custódia e em decorrência de tortura. A Comissão adotou as razões apresentadas pelo relator designado, o qual apurou prática de tortura e morte do sindicalista Olavo Hansen. Em suas conclusões, entendeu que "os fatos relacionados constituem prima face um caso gravíssimo de violação ao direito à vida", e solicitou ao governo que impusesse a quem fosse encontrado em culpa a devida punição, e se oferecesse aos familiares do sindicalista a devida reparação. Ou seja, a Comissão Interamericana impôs ao Brasil o dever de investigar e processar os responsáveis pelo assassinato do líder sindical.

O Brasil nunca aceitou punir os culpados – alegando a "indenidade" dos atos praticados pelos agentes públicos e a impossibilidade de o Judiciário processar e julgar os responsáveis – nem, como conseqüência daquela condenação, indenizou a família da vítima.

A redemocratização do Brasil deu-se mediante uma "abertura 'lenta e gradual'" para usar as expressões em voga na época. Houve revogação do AI 5, edição de Lei de Segurança Nacional mais branda, reforma da legislação eleitoral, levantamento das restrições à imprensa, até o retorno às eleições diretas para governador (1982),

[72] COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**. Informe anual de la comisión interamericana de de derechos humanos 1973**. Disponível em: <http://www.cidh.org/annualrep/ 73sp/sec.1.Brasil.htm>. Acesso em: 20 set. 2004.

prefeito das capitais (1985) e Presidente da República (1989, pós-redemocratização). Mas nunca houve investigação, nem muito menos punição dos perpetradores das graves violações aos direitos humanos, praticadas durante a ditadura militar.

Não se aprofundará aqui a auto-concessão de anistia pelos militares, que se tornaram imunes a processos e punições pelas graves e severas violações aos direitos humanos, durante os "anos de chumbo", especialmente, pela prática da tortura, das execuções sumárias e dos desaparecimentos forçados e involuntários. Mas, em razão do liame entre a anistia e a impunidade, breve abordagem se impõe.

A Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, que concedeu anistia, a fez nos seguintes termos:

> Art. 1º. É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de Fundações vinculadas ao Poder Público, aos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (Vetado).
> § 1º. Consideram-se **conexos**, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política[73]. (grifo nosso)

Ao estender aos crimes conexos, inseriu uma cláusula de perdão a todos os crimes comuns contra os direitos humanos, praticados pelos militares e agentes da repressão, que permaneceram e permanecem impunes.

Instalando-se a redemocratização, essa anistia impediu a investigação, o processamento e julgamento dos responsáveis por atos atentatórios aos direitos humanos, em especial pela prática de torturas, execuções sumárias e desaparecimentos forçados.

Precisamente em razão da impunidade que geram, têm a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos considerado

---

[73] BRASIL. Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979. Disponível em: <www.acervoditadura.rs.gov.br/legislacao_1.htm>. Acesso em: 05 fev. 2005.

que tais leis de anistia violam a Declaração Americana de Direitos Humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos, porque negam às vítimas o direito à punição dos culpados e à reparação de suas faltas.

A matéria foi tratada, pela primeira vez, no Relatório Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 1985/1986, onde se dizia que

> [...] um problema difícil que democracias recentes têm que encarar tem sido a investigação das violações a direitos humanos sob os governos anteriores e a possibilidade de impor sanções contra os responsáveis por tais violações. [...] A Comissão considera que apenas as instituições democráticas apropriadas – normalmente o legislativo – com participação de todos os setores representativos, são os que podem ser chamados a determinar se decretam ou não uma anistia, ou sua abrangência, enquanto as anistias decretadas previamente pelos responsáveis pelas violações não têm validade jurídica.[74]

Ainda recentemente, examinando o Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. El Peru), a Corte decidiu

> Al referirse a la incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana, la Corte, en la Sentencia de fondo en el presente caso,
> […] consider[ó] que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos[;]
> […señaló que,] conforme a lo alegado por la Comisión y no controvertido por el Estado, considera que las leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso.

---

[74] COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe Anual 1985-1986. OEA/Ser.L/V/II.68. Doc. 8 rev. 1. 26 septiembre 1986. Original: español. Disponível em http://www.oas.org/main/main.asp?sLang=P&sLink=http://www.oas.org/OASpage/humanrights_esp.htm. Acesso múltiplo a partir de março de 2002. Parágrafos 192 e 193. No original em inglês: […] a difficult problem that recent democracies have had to face has been the investigation of human rights violations under previous governments and the possibility of sanctions against those responsible for such violations. [...] The commission considers that only the appropriate democratic institutions – usually the legislature – with the participation of all the representative sectors, are the only ones called upon to determine whether or not to decree an amnesty [or] the scope thereof, while amnesties decreed previously by those responsible for the violations have no juridical validity.

> Finalmente, la adopción de las leyes de autoamnistía incompatibles con la Convención incumplió la obligación de adecuar el derecho interno consagrada en el artículo 2 de la misma[;]
> […] estim[ó] necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. [… Por ello,] los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente[; y]
> […señaló que, c]omo consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú.[75]

Vale a pena destacar alguns aspectos relevantes da fundamentação da decisão. A auto-anistia implica violação de direitos humanos porque, entre outras questões sérias, impede investigação e punição de responsáveis por abusos de direitos humanos; agride a garantia de proteção judicial; não permite investigação, persecução, captura, acionamento e punição dos responsáveis; obstrui o esclarecimento dos fatos. Não assegura às vítimas um recurso eficaz, tornando-as indefesas para além da primeira vitimização (sofrem, portanto, vitimização secundária) e, assim, perpetuam a impunidade.

A questão interessa não apenas por motivo histórico, mas de modo prático. Examinando o Relatório do Brasil ao Comitê contra a Tortura, da ONU, em maio de 2001, o Presidente do Comitê, Peter Burns, formulou a seguinte pergunta – que quedou sem resposta – ao representante do Estado brasileiro:

---

[75] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Barrios Altos, Chumbipuma Aguirre y otros vs. El Perú, Interpretación de la Sentencia de Fondo, Relator: Del Juez A.A. Cançado Trindade. marzo de 2001. Serie C No. 75, párrs. 41-44. Disponível em: <http://www.derechos.org/nizkor/peru/libros/fosas/cap25.html>. Acesso em: 20 out. 2004.

> […] o anterior regime militar anistiou-se de todos os atos de tortura cometidos enquanto esteve no poder. O regime democrático e moderno do Brasil de hoje está atrelado a esses atos passados cometidos pelos militares? Que medidas o governo terá adotado para processar aqueles que ainda estão gozando da impunidade?[76]

A resposta é mesmo o silêncio: nada a declarar. Ninguém a processar.

[76] UNITED NATIONS. **Committee against torture starts examination of report on situation in Brazil.** CAT, 26th session, 8 May 2001. Disponível em: <http://www.unhchr.ch/huricane/huricane.nsf/0/AB182DF1205C60F1C1256A460051493B?opendocument>. Acesso em: 02 mai. 2004.No original: the former military regime had amnestied itself from all acts of torture committed while it was in power. Was the modern and democratic regime of the present Brazil bound by the past acts committed by the military? What measures had the Government taken to prosecute those who still enjoyed impunity?

3. A CONSTITUINTE DE 1988, A PROIBIÇÃO DA TORTURA NA CONSTITUIÇÃO, E AS DENÚNCIAS DE TORTURA EM UM BRASIL DEMOCRÁTICO

Embora o Presidente José Sarney tenha designado uma "comissão de alto nível", para formular uma proposta de constituição para o Brasil (a chamada "comissão de notáveis"), a Assembléia Nacional Constituinte, instalada em fevereiro de 1987, adotou método inédito para construir o texto fundamental. Organizou-se em oito comissões temáticas, e estas subdividiram-se em três subcomissões temáticas. Cada subcomissão elaborava um texto abrangendo o sub-tema e o propunha como anteprojeto do relator.

Desde o primeiro documento produzido na Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias Individuais, da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, os constituintes de 1987/1988 compreenderam a importância de novamente ser proclamada a proibição da tortura, bem assim de serem estabelecidas garantias e salvaguardas contra essa prática hedionda.

Uma das primeiras versões trazia a seguinte redação:

> Art. 45 - A tortura, a qualquer título, é crime de lesa-humanidade, inafiançável e insusceptível de anistia e prescrição.
> 1 - Considera-se tortura qualquer ato através do qual se inflige, intencionalmente, dor ou sofrimento físico, mental ou psicológico a uma pessoa, com o propósito de obter informação ou confissão, para puni-la ou constrangê-la, ou a terceiros, com o consentimento ou tolerância de autoridade pública ou de outrem investido oficial ou oficiosamente de autoridade.
> 2 - Tais crimes serão apurados e julgados por denúncia da própria vítima, de seus parentes ou representantes legais, ou por representação da sociedade civil junto ao Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana.
> 3 - A vítima terá direito a justa e adequada indenização, inclusive aos meios necessários à sua plena reabilitação.
> 4 - Em caso de morte, os dependentes ou herdeiros da vítima terão direito à indenização do Poder Público, assegurada a este ação de regresso contra os seus prepostos torturadores.
> 5 - Nos casos de tortura cometida por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, a estas incumbe a indenização[77].

[77] BRASIL. Senado Federal. Banco de Dados: Anteprojeto da Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias Individuais, da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher; Fase:A Com:1 Sub:B Tit:00 Cap:00 Sec:00 Ref:A1b000000045. Disponível em www.senado.gov.br. Acessos múltiplos a partir de março de 2002.

Não é aqui o espaço para apreciar, com maiores detalhes, o conjunto das propostas sobre o tema, na constituinte; algumas ampliando o alcance, outras simplesmente retirando por completo a menção a tortura no texto constitucional, por considerar questão de âmbito da legislação infraconstitucional. Basta informar que foram mais de 150 propostas de emenda aos projetos de texto constitucional. A estas voltaremos mais adiante, quando do aprofundamento da discussão dos aspectos normativos da proibição constitucional da tortura no Brasil.

O texto aprovado na redação final do art. 5º é lacônico e fixa unicamente o princípio geral da proibição da tortura:

> Art. 5º. [...]
> III - ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante;
> [...]
> XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia à 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.

O texto constitucional acolheu a versão genérica, difusa, de proibição, sem preocupação em delimitar conceitos. Adotou, em grandes linhas, a proibição da tortura contida no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU, de 1966, e na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969.

Deliberadamente, o constituinte de 1988 deixou de adotar o já conhecido e consagrado conceito, lançado na Convenção Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Desumanos, Degradantes ou Cruéis, da ONU, de 1984.

Ter feito incluir na nova Constituição a proibição da tortura não fez com que esta desaparecesse, automaticamente, do mundo dos fatos.

A prática da tortura tem sido denunciada por organizações nacionais de direitos humanos - governamentais e não-governamentais – e também por entidades internacionais de direitos humanos, as quais têm realizado acompanhamento da situação de respeito ou violação aos direitos fundamentais no Brasil.

Tendo o Brasil apresentado Relatório Inicial Relativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos em 1994 [78], o Comitê de Direitos Humanos, órgão de monitoramento desse tratado, teve a oportunidade de formular observações finais [79] em sua 57ª sessão periódica, realizada em 24 de julho de 1996, expressando sua profunda preocupação com os "numerosos casos de tortura, detenções arbitrárias e ilegais, ameaças de morte e atos de violência contra prisioneiros cometidos por forças de segurança e em particular pela polícia militar", deplorando o fato de que

> [...] os casos de execuções sumárias e arbitrárias, torturas, ameaças de morte, detenções arbitrárias e ilegais e violência contra detidos e outros prisioneiros raramente se investiguem de maneira adequada e com muita freqüência permaneçam impunes [...]

lamentando que "o medo de represálias que possam adotar as autoridades das prisões e funcionários de prisões provoquem a inibição dos prisioneiros e detidos quanto à apresentação de denúncias".

Também a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, responsável pelo monitoramento da Convenção Americana de Direitos Humanos, produziu Informe sobre a situação dos direitos humanos no Brasil. A Comissão concluiu que

> [...] existe uma grande distância entre a estrutura das disposições constitucionais e as instituições legais criadas para defender os direitos

---

[78] MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Relatório Inicial Relativo Ao Pacto Internacional Dos Direitos Civis E Políticos de 1966.** Fundação Alexandre de Gusmão e Núcleo de Estudos da Violência da USP. Brasília: FUNAG, 1994.

[79] CCPR/C/79/Add.66, parágrafos 7 a 10. Disponível em www.unhchr.ch. Acessos múltiplos a partir de março de 2002.

> humanos, e a persistente violência e falta de garantias práticas que assolam alguns âmbitos sociais e geográficos[80]

E ainda:

> [...] o sistema judicial, primeira salvaguarda das garantias que oferece o Estado, padece de lentidão, formalismos complexos e desnecessários e debilidades institucionais. Estas são resultado da impunidade institucionalizada de funcionários policiais por seus próprios abusos ou de grupos de delinqüentes protegidos pela polícia ou da inoperância do sistema judicial.[81]

É relevante para nosso estudo, desde já, destacar a posição de relevo que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos confere ao Judiciário: primeira salvaguarda das garantias que oferece o Estado. Daí a crítica, quando não vê tal salvaguarda atuando em conformidade a seu destino institucional**.**

Somando-se a esse quadro de denúncias formuladas por entidades internacionais de direitos humanos, ainda recentemente, a Human Rights Watch (HRW) publicou relato sobre a situação prisional no Brasil, notadamente a prática de tortura contra prisioneiros e pessoas detidas. O documento "O Brasil atrás das grades"[82] aponta os graves abusos aos direitos humanos, cometidos especialmente nos estabelecimentos prisionais.

Segundo observa essa organização não-governamental, "os presos são quase que exclusivamente originários das classes mais pobres, sem educação e politicamente impotentes, à margem da sociedade." Considerando os altos índices de violência no Brasil, a apatia pública em relação aos abusos contra presos não seria surpresa.

O documento constata ainda que os estabelecimentos prisionais têm lotação superior às suas capacidades, sendo que os lugares de detenção mais superlotados são as delegacias de polícia. Estas, aliás, sequer poderiam estar sendo utilizadas

---

[80] COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Brazil 1997**. Disponível em:<http://www.cid.oas.org/countryrep/brasesp97/>. Acesso em: 02 mai. 2004.

[81] COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Brazil 1997**. Disponível em:<http://www.cid.oas.org/countryrep/brasesp97/>. Acesso em: 02 mai. 2004.

[82] HUMAN RIGHTS WATCH. **O Brasil atrás das grades.** Disponível em:<http://www.hrw.org/reports 98/brazil/Brazil-02.htm>. Acesso em: 02 mai. 2004.

para a custódia de presos, nem provisórios nem, muito menos, condenados. Aponta, ainda, que “a detenção de longo prazo em delegacias de polícia agrava o sério problema de torturas cometidas pela polícia, prática endêmica no Brasil”.

O documento mais revelador, na temática, é o Relatório [83] apresentado pelo Relator Especial Contra a Tortura, da ONU, Sir Nigel Rodley, a partir de visita realizada ao Brasi

Quando trabalhava na elaboração da Convenção Contra a Tortura, a Comissão de Direitos Humanos designou, em sua Resolução 1985/33, um Relator Especial para que examinasse as questões relativas à tortura, encarregado, em particular, de solicitar e receber informação de credibilidade e fidedignas a esse respeito e de responder sem demora a essas informações.

O Relator Especial deve informar à Comissão de Direitos Humanos acerca do fenômeno da tortura em geral. Para isso, o Relator Especial comunica-se com os diferentes governos a quem solicita informações sobre medidas legislativas e administrativas adotadas para prevenir a tortura e remediar suas conseqüências, quando tenha sido praticada.

O Brasil convidou o Relator da ONU em maio de 2000, a realizar uma missão de levantamento de fatos no país, como parte de seu mandato. O objetivo da visita, que ocorreu de 20 de agosto a 12 de setembro de 2000, consistia em permitir que o Relator Especial coletasse informações em primeira mão a partir de uma ampla gama de contatos, a fim de melhor avaliar a situação da tortura no Brasil, permitindo, assim, que o Relator Especial recomendasse ao Governo um conjunto de medidas a serem adotadas, no intuito de assegurar o cumprimento de seu compromisso de pôr fim a atos de tortura e outras formas de maus tratos.

Durante sua missão, o Relator Especial visitou o Distrito Federal, São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Pernambuco e Pará. Em Brasília, o Relator Especial reuniu-

[83] O Relatório foi apresentado em Abril de 2001 à Comissão de Direitos Humanos da ONU, e foi catalogado sob número E/CN.4/2001/66/Add. 2

se com o Presidente da República, o Ministro da Justiça, o Secretário de Estado para Direitos Humanos, a Secretária Nacional de Justiça, o Secretário Geral do Ministério das Relações Exteriores (Ministro em exercício), o Presidente do Supremo Tribunal Federal, o Presidente do Superior Tribunal de Justiça, o Procurador Geral da República, o Presidente da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, bem como, alguns membros da Comissão e o Presidente da Subcomissão de Prevenção e Punição da Tortura, a Procuradora Federal para Direitos do Cidadão e alguns promotores de justiça do Núcleo Contra a Tortura do Ministério Público do Distrito Federal e territórios.

Nos Estados, o Relator Especial encontrou-se com os respectivos Governadores, Secretários de Segurança Pública, Secretários de Justiça (ou de Administração Penitenciária), Chefes das Polícias Civis, Ouvidores da Polícia, Comandantes da Polícia Militar, Presidentes dos Tribunais de Justiça, Procuradores-Gerais de Justiça e Corregedores da Polícia Civil. Em todos os estados, o Relator reuniu-se, igualmente, com membros da Comissão de Direitos Humanos da Assembléia Legislativa respectiva.

O Relator Especial também se avistou com pessoas que teriam sido vítimas de tortura ou de outras formas de maus tratos, com pessoas cujos familiares supostamente haviam sido vítimas de tortura ou de outras formas de maus tratos e recebeu informação verbal e/ou por escrito da parte de organizações não-governamentais (ONGs), inclusive as seguintes: Núcleo de Estudos da Violência; Centro Justiça Global; Gabinete de Assessoria Jurídica a Organizações Populares (GAJOP); Movimento Nacional de Direitos Humanos; Ação Cristã pela Abolição da Tortura (ACAT); Tortura Nunca Mais; Pastoral Carcerária e Comissão Pastoral da Terra. Por fim, o Relator também se reuniu com advogados e promotores de justiça, inclusive alguns encarregados de menores infratores em São Paulo.

Em todas as cidades, à exceção de Brasília, o Relator Especial visitou carceragens policiais, centros de detenção pré-julgamento e centros de detenção de menores

infratores, além de penitenciárias, com o propósito de reunir-se com pessoas que podiam testemunhar quanto ao tratamento que haviam recebido em estabelecimentos de detenção antes de serem transferidas para um centro de detenção pré-julgamento ou para uma penitenciária. Anteriormente à sua visita, o Relator Especial havia recebido informações segundo as quais as condições de detenção eram equivalentes à tortura e, portanto, não pôde ignorar esse aspecto.

Os “achados” e as conclusões serviram de balizas às recomendações que foram formuladas. E as recomendações, por conterem diretrizes para uma política criminal de combate à tortura, serão examinadas na terceira parte deste estudo, vinculadas aos temas a que se referirem.

É contribuição inovadora do presente estudo a análise estatística dos dados levantados pelo Relator Especial Contra a Tortura, Nigel Rodley, em sua visita ao Brasil.

O Relatório examinou 348 casos em que foram formuladas alegações de práticas de tortura. Esse número de casos não corresponde ao número de vítimas de torturas, nem à quantidade de locais onde as alegadas práticas de torturas teriam ocorrido. Isso decorre do fato de que, em muitos casos, houve o fenômeno da multivitimização. Em conseqüência disso, um mesmo caso pode apresentar mais de uma vítima, ter sido realizado em mais de um lugar, ter sido praticado por mais de um agente, com mais de um motivo. Em conseqüência, o número de cada um desses aspectos mencionados pode ter sido superior a 348.

Quanto à vitimização [84], é de se observar que em 277 casos houve apenas uma vítima. Em 25 casos, houve duas vítimas. Em 17 casos houve três vítimas. Em outros 17 casos houve entre quatro e nove vítimas. Em 11 casos houve mais de 10 vítimas, sendo que, nesses 11 casos, houve 1 deles com 36 vítimas, outro com 59 vítimas, e, finalmente, outro com 203 vítimas. O número aproximado do total de vítimas é de 938.

A quantidade e condição dos agressores nem sempre são exatas. Em alguns casos, tivemos que ver o contexto para concluir pelo tipo de agressor. Exemplificando, nos casos em que se informa ter sido praticada a tortura por policiais, e o local indicado é "delegacia", concluímos terem sido policiais civis. O mesmo se dando, quando o motivo para a tortura tiver sido "confissão". Já as situações de confrontos de rua, para manutenção da ordem, por exemplo, foram atribuídas a policiais militares.

Por outro lado, dos 348 casos relatados, 10 denunciam, exclusivamente, falta de assistência médica [85]. Esses casos não foram contabilizados como casos de tortura. Foram analisados num grupo à parte.

O universo de trabalho nas tabelas diz respeito a 97,1% dos casos constantes do Relatório de Nigel Rodley. Ou seja, apenas 338 casos foram trabalhados.

É relevante observar que, em alguns casos, houve tortura sobre muitas vítimas (multivitimização). Por outro lado, algumas vezes uma mesma vítima foi torturada em lugares vários, em dias diferentes (revitimização).

---

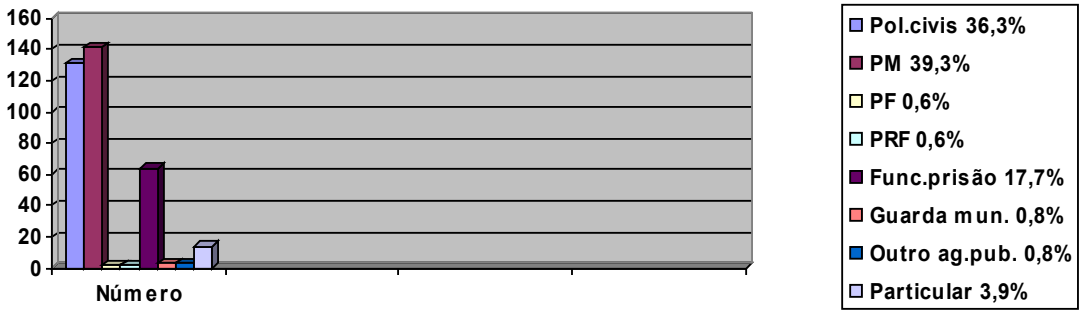
[84] Casos com duas vítimas: 04, 09, 15, 19, 21, 24, 27, 46, 62, 66, 76, 110, 123, 135, 144, 153, 199, 202, 204, 206, 255, 266, 276, 334, 341. Total de vinte e cinco casos e cinqüenta vítimas.
Casos com três vítimas: 11, 12, 13, 67, 73, 81, 93, 133, 134, 157, 168, 169, 197, 243, 307, 342, 346. Total de dezessete casos e cinqüenta e uma vítimas. Casos com quatro vítimas: 53, 56, 129, 203, 236, 251. Total de seis casos, e vinte e quatro vítimas. Casos com cinco vítimas: 30, 43, 221, 273. Total de quatro casos e vinte vítimas. Casos com seis vítimas: 55, 179. Total de duas e doze vítimas. Casos com sete vítimas: 80, 232, 330. Total de três e vinte e uma vítimas. Casos com nove vítimas: 78, 293. Total de dois casos e dezoito vítimas. Caso 71 com dez vítimas. Caso 244 com cento e quarenta e quatro vítimas. Caso 290 com dezessete vítimas. Caso 83 com dezoito vítimas. Caso 10 com vinte e duas vítimas. Caso 185 com vinte a quatro vítimas. Caso 188 com vinte e cinco vítimas. Caso 29 com vinte e oito vítimas. Caso 324 com trinta e seis vítimas. Caso 283 com cinqüenta e nove vítimas. Caso 287 com duzentas e três vítimas.

[85] Casos 17, 119, 120, 132, 186, 210, 245, 289, 300, 322.

A partir da leitura dos casos, foi possível construir as tabelas adiante inseridas, onde são quantificados os dados, com cortes analíticos quanto aos agressores, vítimas, locais de agressão, tipos de lesões produzidas.

O número de agressores não corresponde à quantidade de casos trabalhados. Vale salientar que é impossível determinar, com precisão, a quantidade de agressores, pois nem sempre o Relator se dá ao trabalho de especificá-la. Por esse motivo, a base de cálculo da tabela foi determinada pela condição dos agressores, e não por sua quantidade. Por exemplo, um caso em que tenham figurado 2 policiais civis, juntamente com 4 policiais militares, foi computada uma unidade para polícia civil e uma outra para polícia militar. Um outro caso, em que tenham figurado 2 policiais civis, mais um delegado, foi computada apenas uma unidade para civil, já que o delegado faz parte do grupo "policial civil".

O número utilizado para total de agressores foi 388 (os 10 casos de falta de assistência médica não fazem parte desse grupo). Entraram nesse universo os 27 agressores, cuja condição não foi identificada.

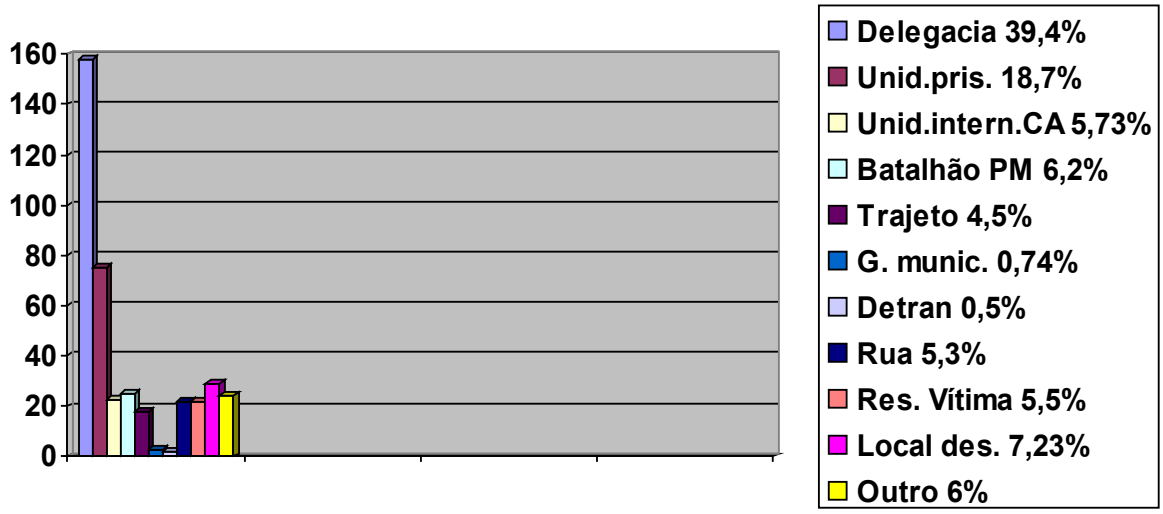


Condição dos agressores	Número de casos	Percentual incluindo 27 agressores não identificados	Percentual excluindo 27 agressores não identificados
polícia civil	131	33,8%	36,3%
polícia militar	142	36,6%	39,3%
polícia federal	2	0,5%	0,6%
polícia rodoviária	2	0,5%	0,6%
funcionários da prisão/ unidade para menores	64	16,5%	17,7%

infratores			
guardas municipais	3	0,8%	0,8%
autoridades públicas	3	0,8%	0,8%
particular	14	3,6%	3,9%
agressor não identificado	27	6,9%	
total	388	100,0%	100,0%

Quanto ao local [86], a base de cálculo foi 418 (não esquecer que os 10 casos de falta de assistência médica não fazem parte desse universo). Entraram nesse grupo os locais não informados (quando considerados isoladamente).

O subgrupo "no trajeto" não corresponde, necessariamente, às torturas que se dão na viatura. Na verdade, contêm as seguintes espécies: a) na viatura; b) "no caminho de". É que, às vezes, alguns policiais paravam a viatura, retiravam a vítima do veículo e a torturavam num local não informado. O relator limitava-se a dizer "no caminho de".



Locais	Total	Incluindo não informados	Excluindo 16 não informados
Delegacia	158	37,9%	39,4%
Unidade do sistema	75	18%	18,7%

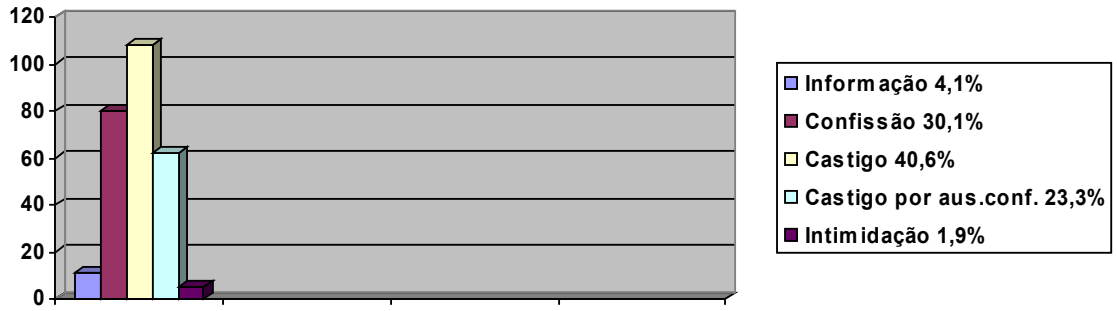
[86] O número de locais não corresponde à quantidade de casos, uma vez que houve casos em que as vítimas foram torturadas em diversos lugares (revitimização). Diz respeito à natureza do local. Ou seja, ainda que a vítima tivesse sido tortura cinco vezes na delegacia, consideramos apenas uma unidade para esse subgrupo. Os casos em que não houve qualquer informação quanto ao local, foram considerados nessa categoria destacada. Quando a narrativa de um caso apontava vários locais, designando-os, e indicava outro(s) local(is), sem designação expressa, só foram considerados os locais expressamente designados.

penitenciário			
Unidade para menores infratores	23	5,5%	5,73%
Batalhão da PM	25	6%	6,2%
No trajeto	18	4,3%	4,5%
Guarda municipal	3	0,7%	0,74%
Detran	2	0,5%	0,5%
Rua	22	5,3%	5,5%
Residência da vítima	22	5,3%	5,5%
Local deserto	29	6,95%	7,23%
Outro local	24	5,75%	6%
Local não especificado	16	3,8%	
Total	417	100,0%	100,0%

No que se refere aos motivos, estes foram contabilizados de acordo com a sua natureza, e não quantidade. Esse procedimento foi usado em todas as tabelas (ver detalhes na análise dos tópicos anteriores). Não fazem parte do universo “motivos” os casos de falta de assistência médica. Não foi possível determinar, com base nos dados do relatório, quando havia discriminação.

Nos casos de confissão, foi feita a classificação entre ficam implícitos os castigos no contexto de investigação. A diferença entre eles é que, no caso de confissão, o relator usa expressões como “a fim de que confessassem”, “a fim de que ele assinasse uma confissão”, “foram forçados a assinar uma confissão”, “obrigada a assinar o que mais tarde descobriu ser uma nota de culpa”, “por ter se negado a assinar confissão” etc.

Nos casos compostos, não foram computados os não informados.



Motivos	Total	Incluindo não informados	Excluindo 88 não informados
Informação	11	3,1%	4,1%
Confissão	80	22,6%	30,1%
Castigo	108	30,5%	40,6%
Castigo no contexto de Investigação (ausência de confirmação)	62	17,5%	23,3%
Intimidação	5	1,4%	1,9%
Não informado	88	24,9%	
Total	354	100,0%	100,0%

Lesões ou resultados produzidos também foram apreciados.

Em virtude da diversidade de lesões das vítimas de tortura, existiu muita dificuldade em organizá-las em grupos. Por esse motivo, foram selecionadas algumas lesões com base na sua importância, deixando as demais sem classificação alguma.

Lesões	Quantidade	%
Morte da vítima	27	19,15%
Danos à saúde mental	12	8,51%
Perda ou inutilização de membro, sentido ou função	46	32,62%
Hemorragias	23	16,31%
Desmaios	21	14,9%
Queimaduras	12	8,51%
Total	141	----------

Na abordagem acerca dos instrumentos ou modos de agressão utilizados para tortura, a variedade e multiplicidade destes, e sua utilização simultânea, fizeram com que perdesse significado sua classificação.

A imensa maioria dos casos se dá através de espancamentos, que são surras e pisas, cuja característica é a utilização de instrumentos contundentes, em geral, consistindo em pancadas sucessivas.

Para os espancamentos, utilizaram-se toalhas, cintos, pára-choques de caminhão, armas de fogo, "pinto de boi" [87], cipó, porrete, pedaços de borracha, barra de ferro, plástico, cabo de borracha, faca, cordas, corrente de ferro, palmatória, cabo de revólver, cabo de vassouras; golpes de cassetetes de borracha, pedaços de paus, tacos de *baseball*, pedaço de madeira e borracha; mangueira de borracha com cassetete, fios elétricos; chutes; socos; golpes; pontapés; chicotadas; tapas na cara várias vezes; murros, açoitamento; cassetetes, barras de ferro, garrafas, chicote, varas de bambu e navalhas; chicoteamento com cordas de metal, barras de metal, pedaços de madeira e garrafas; tortura do "telefone".

Além do espancamento, houve ainda as ameaças variadas, tais como de espancamento, com intimidação de uso de arma, faca, e golpes com pau; de morte com arma de fogo; de "virar mulherzinha" na cela; de afogamento com balde de água, e em tanque com água; de jogar gasolina e atear fogo; de agressão com pedaço de madeira e cinto de couro; de chamar “artilharia pesada”; de jogar uma bomba caseira na cela; de empalar numa cana de açúcar; de fazer “roleta russa” com revólver; de morte e de lançamento do corpo em fossa sanitária.

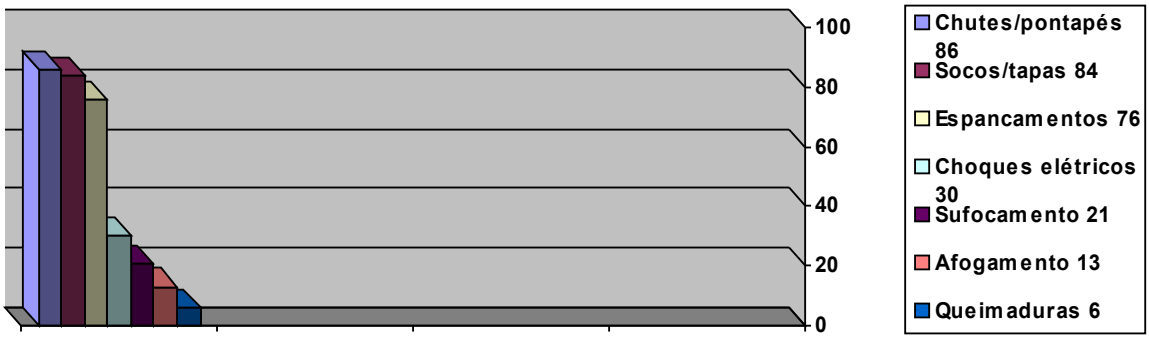
Outros modos de realizar tortura consistiram em banhos com baldes de água fria; choques elétricos; "pau-de-arara", afogamento; roleta russa; queimadura com uma sacola plástica derretida; com revólveres; mangueira com água quente; pendurado em um pau-de-arara; golpes de palmatória, com porretes, com uma cadeira, com cassetete, com pedaços de pau, com cabo de borracha, com pedaços de madeira, com barra de ferro; com "cocota" (pedaço de madeira envolto com borracha de pneu); apedrejamento; segurar um pneu; chave de pescoço; estrangulamento; rifle; sufocamento com sacos de lixos, com sacola plástica sobre a cabeça; coronhadas; privação de água e de comida; "corredor-polonês"; chutes; queimaduras;; insulto verbal; surras com pedaço de madeira; livro pesado sobre a cabeça; obrigado a

[87] Pedaço de pau ou cacete, envolto em borracha.

morder o revólver; ameaça de espancamento; empurrão; cabeça colocada debaixo d'água numa pia (afogamento); bofetes; coronhadas; coronhadas de rifle; golpes contra um carro; queimação com cigarros; eletro choques; golpes com pistola, revólver e rifle; bofete; forçado a comer sal e beber etanol; jogado a cabeça contra as barras da porta; pisado; colocação de pneu sobre o peito e pulos para cima do pneu; arrastado; abuso verbal; forçado a ficar de joelhos e com uma faca e um revólver colocados no seu pescoço; forçado a comer meio quilograma de esterco; forçado a entrar num tanque cheio de soda cáustica; insulto verbal; privação de comida e de colchão; corpos esfregados com sal; queimadura com cigarro; forçado a beber meio litro de água de esgoto, lama colocada na sua boca e forçado a comer grama; mão sobre chama de gás ligada ao máximo; encharcado com água contendo sal e vinagre; submetido a humilhação, e ameaças de morte; forçado a comer sal e beber a água em que os policiais haviam cuspido; obrigado a tomar uma ducha gelada e rolar no chão algemado; gás de pimenta lançado nos olhos.

Violências sexuais, que foram capazes de produzir intenso sofrimento físico, incluíram estupro; abusos sexuais; agressão sexual; ameaça de "virar mulherzinha" na cela; uso de força para obter sexo oral e para despir; introdução de dedo no ânus e mordidas nas nádegas.

Para não fugir à sistemática de organização em gráficos, são selecionados os modos de agressão mais freqüentes:



Em 86 casos, o meio utilizado foi o uso de chutes e pontapés. Socos e tapas foram utilizados em 84 casos. Espancamentos foram 76 casos. Choques elétricos foram

utilizados em 30 casos. Sufocamento ocorreu em 21 casos. Afogamento, em 13 casos. E, finalmente, houve inflição de queimaduras em 6 casos.

Aspecto curioso é a apreciação do papel – ou da participação - da vítima como dando causa à atuação dos órgãos de segurança. Dizendo de outro modo, a natureza dos crimes anteriormente praticados – ou suspeitos de terem sido praticados - pelas vítimas de tortura Ou seja, que terá feito a vítima da tortura para que tivesse incidido sobre ela a reação do órgão da lei e da ordem? O quadro a seguir permitirá fazer um paralelo entre o bem jurídico pretensamente ofendido pela vítima da tortura (delito a que se atribui a quem cai nas mãos das polícias), que teria desencadeado a ação do Estado:

Natureza dos crimes das vítimas de tortura	Quant.	Incluindo não informados	Excluindo não informados
Crime contra o patrimônio	78	22,7%	35%
Homicídio	13	3,8%	5,8%
Lesões corporais	6	1,7%	2,7%
Suspeita de estupro	4	1,2%	1,8%
Seqüestros	1	0,3%	0,4%
Formação de quadrilha	1	0,3%	0,4%
Suspeita de porte ilegal de armas de fogo	2	0,6%	0,9%
Uso/tráfico de drogas	14	4,1%	6,3%
Discussões. Insultos, ameaças	10	2,9%	4,5%
(No contexto da prisão, delegacia etc.) desobediências, rebeliões, brigas entre presos	12	3,5%	5,4%
(No contexto da prisão, delegacia etc) Fugas	16	4,7%	7,2%
Não houve crime aparente	66	19,2%	29,6%
Não informado	120	35%	
Total	343	100,0%	343-120=223

Como se vê, pela abrangência, pela consistência, e pela profundidade de análise, o Relatório do Relator Especial para a Tortura é um documento que serve de marco para a análise de sua prática no Brasil contemporâneo.

A esse consistente Relatório somou-se um outro documento, produzido pela Anistia Internacional. Nesse novo informe, o mais atual sobre o tema, intitulado "Eles nos tratam como animais" [88], a Anistia Internacional analisa a situação da tortura e maus-tratos no Brasil, identificando como "desumanização" e impunidade no sistema de justiça criminal.

A ONG identifica que a tortura não é mais utilizada como arma de repressão política, mas se tornou "ferramenta essencial" do policiamento diário. O mais grave é que, para algumas autoridades, para a imprensa e para o público, um policiamento violento e repressor corre o risco de tornar-se uma conseqüência aceitável do fato de sustentar-se um sistema de justiça criminal sob intensas pressões sociais, econômicas e políticas.

Segundo observa a AI, no começo do século XXI, o uso da tortura e de outros tratamentos cruéis, desumanos e degradantes permanece generalizado e sistemático, não como política oficial, mas como método aceito de policiamento e controle dentro das instalações correcionais.

Quanto aos propósitos do uso da tortura, a ONG identifica que ela é utilizada como meio para extrair confissões; para dominar, humilhar e controlar os detentos; ou, de modo crescente, para extorquir dinheiro ou servir a interesses criminais de policiais corruptos. Tanto é cometida por agentes do Estado – especialmente membros das polícias civil e militar, assim como dos agentes penitenciários – quanto com sua conivência; ou é facilitada por sua omissão em agir. Ocorre nos momentos das detenções, nas delegacias de polícia, nas prisões, assim como nos centros de

[88] AMNESTY INTERNATIONAL. **"They Treat Us Like Animals":** Torture and ill-treatment in Brazil. Dehumanization and impunity within the criminal justice system. Disponível em: <http://web.amnesty.org/library/Index/ENGAMR190222001?open&of=ENG-370>. Acesso em: 03 dez. 2004.

detenção juvenil. É um crime que persistentemente permanece impune, tanto por órgãos disciplinares internos quanto, mais grave, nas cortes de justiça. Acontece assim porque a vasta maioria das vítimas é composta de suspeitos que são pobres e sem nível de educação elevado, freqüentemente afro-brasileiros ou indígenas, setor da sociedade cujos direitos têm sido consistentemente ignorados no Brasil.

O documento registra que o aumento da disparidade social coincidiu com um rápido crescimento do tráfico de drogas em todo o Brasil. Assim como se tornou uma das rotas principais do tráfico ilegal de drogas da América Latina, os níveis internos de consumo começaram a elevar-se em quatro vezes, quando considerada a década anterior. Os efeitos combinados da privação social generalizada e do crescimento no tráfico como o uso ilícito de drogas causou elevação dramática na incidência de crimes violentos durante as décadas de 80 e 90, especialmente nos centros urbanos.

Na análise feita pela entidade internacional, como os índices de criminalidade subiram rapidamente, a cobertura da violência urbana pela mídia sensacionalista fez crescer o medo popular. Programas de televisão especializados na cobertura de crimes violentos tornaram-se parte principal da grade de programação em diferentes horários em várias emissoras, ao tempo em que reportagens na mídia impressa também trabalham o medo da população de tornar-se presa de delinqüentes. Assim, como resposta a esses temores, as autoridades têm decidido empregar medidas cada vez mais repressivas na tentativa de lidar com os crescentes números de delitos. Isso, por seu turno, pôs mais pressão ainda em todos os níveis do sistema de justiça criminal, o qual é claramente incapaz de conviver com a crescente demanda que lhe é endereçada.

Também esse relato da ONG constata que a tortura ocorre com mais freqüência, portanto, nas delegacias de polícia, como método de investigação, para obter informações ou confissão e nos estabelecimentos prisionais, como modo de punir e castigar.

4. CONSIDERAÇÕES CRIMINOLÓGICAS SOBRE A TORTURA: ALGUMAS CONCLUSÕES

Os dados, identificados tanto pelo Relatório de Nigel Rodley, quanto pelo Movimento Nacional de Direitos Humanos, apontam para a conclusão de que **a tortura é um crime de oportunidade.** Isso significa dizer que **as oportunidades desempenham papel relevante para que a tortura ocorra.**

Oportunidade diz respeito ao que é oportuno, ao que dá ensejo a algo, ou que faz surgir uma ocasião. É vista como uma situação ou circunstância adequada ou favorável a determinado propósito. Mas, no contexto da criminologia ambiental, dois aspectos são salientados: a atratividade do alvo (da vítima ou da coisa cobiçada), e sua acessibilidade. Dizer que um objeto é atrativo inclui tanto o seu valor (monetário ou simbólico), quanto o ser de fácil remoção (portabilidade).[89] Afirmá-lo acessível significa que se pode ver, a ele ter acesso fácil, e, mais relevante, que está sem vigilância, fiscalização ou supervisão[90].

Observa-se uma convergência nas abordagens das teorias de oportunidades para práticas criminosas. Segundo Marcus Felson e Ronald Clarke [91], as três principais abordagens são *The Routine Activity Approach* (Abordagem da Atividade de Rotina), a *Crime Pattern Theory* (Teoria do Padrão do Crime), e *The Rational Choice Perspective* (A Perspectiva da Escolha Racional). Aplicando-se os pressupostos teóricos dessas correntes de pensamento criminológico, todas corroboram a afirmação acima, de que a tortura é crime de oportunidade.

---

[89] BURSIK, R.J.; GRASMICK, H.G. **Neighborhoods and Crime.** New York: Lexington, 1993. Apud BOTTOMS, Anthony E.; WILES, Paul. **Environmental Criminology** In: MAGUIRE, Mike; MORGAN, Rod; REINER, Robert. **The Oxford Handbook of Criminology.** 2 ed. Oxford: Oxford University, 1997., p. 320.

[90] Em interessante decisão, o TJRS entendeu residir nisto as qualificadoras para agravamento da pena, em casos de furto. Vale à pena conferir a decisão, que identificou maior vulnerabilidade da vítima, por ter bem desvigiado, e, portanto, mais sujeito à apreensão por terceiros. “No caso do furto, presentes as qualificadoras, cuidou o legislador de proteger, com punição mais severa, o ataque ao patrimônio desvigiado da vítima, que, em razão delas, mais vulnerável se torna, e mais fácil torna sua apreensão, pelo criminoso. Por isso que em razão delas o aumento de pena há de ser maior. (TJRS – ACr 70004045993 – São José do Ouro – 6ª C.Crim. – Rel. Des. Newton Brasil de Leão – J. 19.12.2002)

[91] FELSON, Marcus; CLARKE, Ronald V. **Opportunity Makes the Thief**: practical theory for crime prevention. Police Research Series. Paper 98. London: Home Office, 1995. p. 4.

A identificação da oportunidade como explicação para a prática delitiva está em estreita relação com a teoria desenvolvida, inicialmente, por Lawrence Cohen e Marcus Felson, e, posteriormente, aprimorada por este último, que é hoje designada como "Abordagem da Atividade de Rotina" (*Routine Activity Approach*). A hipótese formulada por esses autores era no sentido de que "a probabilidade de que uma violação ocorrerá em algum tempo ou lugar específicos poderia ser tida como função da convergência de potenciais transgressores e alvos apropriados, na ausência de guardiães capazes" [92], sendo que ênfase maior é dada particularmente aos aspectos dos alvos de ação delituosa, e da ausência de vigilância, o que torna evidente a relação existente entre as teorias apontadas. Nas palavras do próprio Felson, agora produzindo junto com Clarke,

> A abordagem da atividade de rotina começou como uma explicação para crimes predatórios. Seu pressuposto era que para tais crimes acontecerem deveria haver a convergência no tempo e no espaço de três elementos mínimos: um potencial agente, um alvo apropriado, e a ausência de vigilância capaz contra o crime. A abordagem tinha o potencial agente como um dado, e focava nos outros elementos. O guardião não era usualmente um policial ou guarda de segurança, mas qualquer um cuja presença ou proximidade pudesse desencorajar o crime de acontecer. Assim, uma dona-de-casa ou um porteiro, um vizinho ou colega de trabalho tenderia, simplesmente por estar presente, a servir de guardião. A guarda é freqüentemente inadvertida, ainda assim tem um poderoso impacto contra o crime. O mais importante, quando os guardiães estão ausentes, um alvo é especialmente sujeito a risco de ataque criminoso.[93]

Os autores preferem o uso do termo "alvo" à "vítima", sendo que, por "alvo", compreendem tanto pessoas quanto objetos, "cujas posições no espaço ou no tempo os põem em maior ou menor risco de ataque criminoso".[94] Ainda, consideram

[92] COHEN & FELSON, Apud BOTTOMS, Anthony E.; WILES, Paul. **Environmental Criminology** In: MAGUIRE, Mike; MORGAN, Rod; REINER, Robert. **The Oxford Handbook of Criminology.** 2 ed. Oxford: Oxford University, 1997. P. 320.

[93] FELSON, Marcus; CLARKE, Ronald V. **Opportunity Makes the Thief**: practical theory for crime prevention. Police Research Series. Paper 98. London: Home Office, 1995. p. 12. No original: The routine activity approach started as an explanation of predatory crimes. It assumed that for such crimes to occur there must be a convergence in time and space of three minimal elements: a likely offender, a suitable target, and the absence of a capable guardian against crime. The approach took the likely offender as given and focused on the other elements. The guardian was not usually a police officer or security guard but rather anybody whose presence or proximity would discourage a crime from happening. Thus a housewife or doorman, a neighbour or co-worker would tend, simply by being present, to serve as guardian. Guardianship is often inadvertent, yet still has a powerful impact against crime. Most important, when guardians are absent, a target is especially subject to the risk of criminal attack.

[94] FELSON, Marcus; CLARKE, Ronald V. **Opportunity Makes the Thief**: practical theory for crime prevention. Police Research Series. Paper 98. London: Home Office, 1995. p. 5. No original: Targets of crime can be a person or an object, whose positin in space or time puts it at more or less risk of

que há quatro elementos a influenciar o risco de ataque: valor do alvo (atratividade), sua “inércia” (portabilidade), visibilidade e acessibilidade, examinados esses aspectos na perspectiva do criminoso.

Ora, pode-se dizer que a tortura, identificada pelo Relator Especial Contra a Tortura ou pelo Movimento Nacional de Direitos Humanos, deu-se em circunstâncias de tempo e lugar bastante específicos, sendo “função da convergência de potenciais transgressores e alvos apropriados, na ausência de guardiães capazes”.

Primeiramente, atente-se para o fato de que a polícia civil é apontada como responsável pela tortura em 36,3% no Relatório de Nigel Rodley e 31,43% no Relatório do Movimento Nacional de Direitos Humanos – MNDH. Ainda, a polícia militar é apontada como responsável pela tortura em 39,3% dos casos, segundo o Relatório de Nigel Rodley, e em 30,61% dos casos, pelo MNDH. Finalmente, funcionários de prisões e estabelecimentos de internação de menores são responsáveis por 17,7% dos casos de torturas, segundo achados de Nigel Rodley, e 14%, segundo dados do MNDH. Embora existente pequena discrepância entre os achados de Nigel Rodley e os do MNDH, os dados corroboram o entendimento de que, no seu conjunto, os responsáveis pela tortura são policiais civis e policiais militares, em proporções elevadas e equiparáveis reciprocamente, seguidos por agentes prisionais e responsáveis por unidades de internação de adolescentes.

Quais foram os “alvos apropriados” das torturas? Pessoas “suspeitas” de práticas de delitos, que foram consideradas (pelos agressores) como detentoras de informações relevantes sobre práticas delituosas ou pessoas presas, “merecedoras” de castigo, para que aprendessem a respeitar a autoridade dos responsáveis por suas prisões.

Por que os “suspeitos” e as “pessoas presas” são aqui consideradas “objeto atrativo”? Pelo seu valor simbólico. Por carregarem, os primeiros, informações ou confissões relevantes; e os segundos, para aprenderem a adequar seus comportamentos às regras vigentes em estabelecimentos de internação coletiva. Para aprenderem a conformar-se às ordens e autoridades dos seus guardadores.

---

criminal attack.

Também, as pessoas suspeitas e as pessoas presas carregam a características de serem "de fácil remoção" ou detentoras de "portabilidade".[95] Estarem sujeitos à força, poder ou autoridade de agentes públicos – policiais civis ou militares, e agentes penitenciários – torna-os submissos às vontades prevalecentes desses agentes do Estado. Podem, sem dificuldade, ser transportados de um lugar para outro (seja o lugar de captura, para o de interrogatório, para o de detenção provisória, para uma cela de castigo ou isolado, etc.), sem qualquer possibilidade de resistência ou oposição eficaz.

Afirmá-los "acessíveis" significa que os agentes do Estado podem ter acesso fácil, e, mais relevante, que estão sem vigilância, fiscalização ou supervisão externos.

Veja-se que os locais onde a tortura costuma acontecer: as delegacias de polícia respondem por 39,4%, segundo dados do Relatório de Nigel Rodley, e 47,15%, segundo dados do MNDH; unidades do sistema penitenciário (incluindo estabelecimentos de internação de menores) respondem por 24,3% dos casos, segundo o Relator da ONU, e 26,87%, segundo dados do MNDH; local deserto são 7,23% dos casos identificados pelo Relator da ONU e 4,56% pelo MNDH. Em Batalhão (unidade) da Polícia Militar são 6,2% dos casos, segundo Nigel Rodley, e 3,44%, segundo o MNDH. Ou seja, são lugares onde os agressores estão sem vigilância, fiscalização ou supervisão *externos.*

Por sua vez, a "Teoria do Padrão do Crime, componente central da criminologia ambiental, considera como pessoas e coisas envolvidas em um crime se movem no espaço e no tempo".[96] Isso significa que aborda a questão da relação existente entre o lugar (ou local) do delito e o uso habitual do espaço, por parte do delinqüente. Essa teoria trabalha com três conceitos-chave: *nodes* (gargalos, ou pontos de confluência), *paths* (trajetos, percursos) e *edges* (fronteiras, limites espaciais).

---

[95] BURSIK, R.J.; GRASMICK, H.G. **Neighborhoods and Crime.** New York: Lexington, 1993. Apud BOTTOMS, Anthony E.; WILES, Paul. **Environmental Criminology** In: MAGUIRE, Mike; MORGAN, Rod; REINER, Robert. **The Oxford Handbook of Criminology.** 2 ed. Oxford: Oxford University, 1997., p. 320.

[96] FELSON, Marcus; CLARKE, Ronald V. **Opportunity Makes the Thief:** practical theory for crime prevention. Police Research Series. Paper 98. London: Home Office, 1995. p. 6. No original: Crime pattern theory, a central component of environmental criminology, considers how people and things involved in crime move about in space and time.

Uma constatação relevante é que "cada delinqüente procura alvos de crime em torno dos pontos de confluência de sua atividade pessoal (tais como casa, escola e área de diversão) e dos trajetos entre os mesmos".[97] E trabalho, completaremos nós.

O terceiro conceito da Teoria do Padrão do Crime diz respeito a fronteiras ou limites espaciais, com relação a onde se mora, onde se trabalha ou onde se diverte.

Ora, se, por um lado, e em números redondos, 1 de cada 3 casos de tortura tem como responsável policial civil, e também 1 de cada 3 casos tem como responsável pela tortura policial militar, e 1 em cada 6 casos é atribuído a funcionários de prisões e estabelecimentos de internação de menores, por outro lado, temos que os lugares em que a tortura costuma acontecer são: delegacias de polícia em 4 ou 5 de cada 10 casos; em 2 ou 3 de cada 10 casos em unidades do sistema penitenciário (incluindo estabelecimentos de internação de menores); em local deserto em cada 1 de cada 10 casos; e, Batalhão (unidade) da Polícia Militar em cada 1 de 20 casos. É possível concluir que, além de serem lugares onde os agressores estão sem vigilância, fiscalização ou supervisão externos, as vítimas de tortura terão sido alvos de crime em torno dos pontos de confluência da atividade pessoal do ofensor, ou seja, os crimes de tortura foram praticados por pessoas que estavam em seus ambientes de trabalho, sejam eles suas próprias instituições ou os espaços nos quais se deslocam regularmente, em suas atividades funcionais externas (investigações, policiamento ostensivo etc).

Finalmente, os achados do Relator da ONU e do MNDH são corroborados pelos estudos de Patrícia e Paul Brantingham, os quais construíram um modelo hipotético, fazendo uma interseção entre as oportunidades para a prática de delitos e o conhecimento que o delinqüente tinha do espaço. Eles argumentaram que "os padrões da vida diária do delinqüente poderiam influenciar a localização do comportamento criminoso", acrescentando que "a maioria dos delinqüentes não cometerão crimes em áreas pouco conhecidas", de tal modo que "os crimes [...] tinham maior probabilidade de ocorrer onde houvesse uma interseção entre as

[97] FELSON, Marcus; CLARKE, Ronald V. **Opportunity Makes the Thief:** practical theory for crime prevention. Police Research Series. Paper 98. London: Home Office, 1995. p. 6. No original: Each offender searches for crime targets around personal activity nodes (suc as home, school and entertainment area) and the paths among them.

oportunidades para o crime e as áreas conhecidas".[98] Esse estudo dos Brantingham veio a fortalecer as idéias fundamentais da Teoria do Padrão do Crime e será de utilidade nas reflexões acerca do padrão ou padrões adotados para a prática da tortura.

Por fim, merece submeter os dados identificados pelo Relator contra a Tortura, e pelo Movimento Nacional de Direitos Humanos, à verificação de consistência, segundo a Perspectiva da Escolha Racional (*Rational Choice Perspective*), abordagem desenvolvida por Derek Cornish e Ronald Clarke[99], que foca no processo decisório do delinqüente. O pressuposto básico dessa abordagem é que o

> Crime é um comportamento proposital, concebido para o benefício do delinqüente de algum modo. Criminosos têm objetivos quando cometem crime, mesmo que tais objetivos revelem uma visão curta e levem em conta apenas uns poucos benefícios e riscos de cada vez.[100]

Segundo Ronald Clarke, a Perspectiva da Escolha Racional

> Tenta entender o crime da perspectiva do criminoso. Ela pergunta: o que está o criminoso buscando, ao cometer o crime? Como os criminosos decidem cometer crimes em particular? Como eles mensuram os riscos e as recompensas envolvidas nesses crimes? Como eles começam a praticá-los? Se mantidos afastados dessa prática, que outros crimes poderiam escolher cometer? [101]

Isto tem a ver com os motivos identificados para as práticas de tortura. Por que terão os policiais civis e militares, como também os agentes penitenciários se decididos a

---

[98] BOTTOMS & WILES, op. cit., pág. 324.

[99] CORNISH, Derek B.; CLARKE, Ronald V. **The Reasoning Criminal.** New York: Springer-Verlag, 1986.

[100] FELSON, Marcus; CLARKE, Ronald V. **Opportunity Makes the Thief:** practical theory for crime prevention. Police Research Series. Paper 98. London: Home Office, 1995. p. 7. No original: [O]ffending is purposive behavior, designed to benefit the offender in some way. Offenders have goals when they commit crimes, even if these goals are short sighted and take into account only a few benefits and risks at a time.

[101] CLARKE, Ronald V. **The Theory and Practice of Situational Crime Prevention.** Disponível em: <http://www.edoca.net/Resources/Articles/Clarke_the*theory*_and_practice_of_situational_crime_prevention.pdf. > Acesso em 30 ago. 2004. No original: The rational choice perspective (Cornish and Clarke, 1986), on the other hand, tries to understand crime from the perspective of the offender. It asks: What is the offender seeking by committing crime? How do offenders decide to commit particular crimes? How do they weigh the risks and rewards involved in these crimes? How do they set about committing them? If prevented from committing them, what other crimes might they choose to commit? p. 7.

constranger ou submeter as vítimas de tortura aos sofrimentos e dores que infligiram?

A obtenção de confissão foi o motivo apresentado em 30,1%, segundo o Relator da ONU, e 36,75%, segundo o MNDH. Castigo foi o propósito da tortura em 40,6% das situações, para o Relator da ONU, acrescido de "castigo no contexto de Investigação" (por ausência de confirmação), o que significou mais 23,3% dos casos. Para o Relator da ONU, portanto, 63,9% dos casos tiveram "castigo" como motivação.

O MNDH classificou de modo um pouco diverso, encontrando "castigo" como "medida de caráter preventivo" em 21,48%; "castigo/tortura do encarcerado" em 13,84% de casos, e "tortura do encarcerado" como o propósito em 22,08% das situações, o que significa 57,4% como sendo, de algum modo, por castigo.

O elevado número de casos em que se configurou "castigo" como motivo para a prática da tortura pode ser compreendido de dois modos. Veja-se que entre 40% a 50% dos casos, a tortura ocorre em delegacias de polícia. Isso poderia fazer crer que a obtenção de confissão ou informação pudesse ser o motivo mais relevante. Entretanto, não se pode perder de vista que, no quadro do sistema prisional brasileiro, mesmo que contra a Lei das Execuções Penais – mas com amparo do Judiciário -, cerca de 1 em cada 4 pessoas presas no Brasil estão custodiadas em delegacias de polícia, muitas das quais superlotadas.

A outra explicação tem a ver com crítica relevante feita por Wikström, acerca do conceito de "alvos apropriados" de Cohen e Marcus Felson. Entendeu ele que tal conceito dirigia seu foco principalmente para os delitos de furto e outros relacionados à propriedade, assim como crimes pessoais instrumentais, como estupro, roubo, etc. Por isso adicionou ingrediente essencial à teoria de Cohen e Felson. Ao lado de *suitable targets* (alvos apropriados), acrescentou *encounters and environments liable to promote friction* (confrontos e ambientes responsáveis por promover fricção) e *relationships liable to promote friction* (relacionamentos responsáveis por promover fricção).[102] Com isso, clarificou a circunstância de

[102] BOTTOM & WILES, op. cit., p. 328.

confrontos ocorreram em razão de fricções decorrentes tanto de fatores individuais quanto ambientais, e isto é particularmente realçado com a adição da expressão subseqüente, qual seja, “relacionamentos” responsáveis pela promoção da fricção.

Ora, serão esses “relacionamentos responsáveis por promover fricção” – entre guardas e presos, nos presídios e delegacias, entre policiais captores e suspeitos capturados, nas ruas, residências, e locais desertos, por exemplo – que explicarão o imenso número de casos em que o “castigo” surge como motivação para a tortura.

A tortura, portanto, é crime de oportunidade.

O Relator da ONU contra a Tortura, Nigel Rodley, encontrou momento de fazer referência ao papel da oportunidade para a prática da tortura. Dirigindo-se à Comissão de Direitos Humanos da ONU[103], reunida em sua qüinquagésima oitava sessão, o Relator Especial Contra a Tortura, Nigel Rodley, encontrou ocasião de fazer importantes considerações, a partir de sua larga e intensa experiência, vivida no combate à tortura. Ali reiterou o que declarara perante o Terceiro Comitê da Assembléia Geral, em 8 de Novembro de 2000: o fator mais importante na proliferação e continuação da tortura era a “persistência da impunidade, seja ela de direito ou de fato”.

Enfatizando o dever dos Estados de trazerem à justiça os perpetradores de tortura como parte integrante do direito das vítimas à reparação, comentou: “Um dos principais fatores constituindo a condição da impunidade de fato é, em primeiro lugar, a prevalência da oportunidade para cometer o crime de tortura.”[104]

Lembrando que uma das suas principais recomendações fora a supervisão externa de lugares de detenção por agentes independentes, tais como juízes, promotores, ouvidores, e comissões nacionais de direitos humanos, etc., observou a

---

[103] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direitos Humanos. Qüinquagésima oitava sessão. Item 11(a) da agenda provisória. Direitos Civis e Políticos, incluindo as questões de Tortura e Detenção. Relatório do Relator Especial, Sir Nigel Rodley, submetida de acordo com a Resolução 2001/62 da Comissão de Direitos Humanos. E/CN.4/2002/76.

[104] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direitos Humanos. **Relatório sobre a tortura no Brasil.** Disponível em: <http://www.rndh.gov.br/>. Acesso em: 8 jan. 2005.

necessidade de uma “transformação radical” nos pressupostos sobre a natureza da privação da liberdade.

Para Nigel Rodley,

> O paradigma básico, admitido por pelo menos um século, é que prisões, delegacias de polícia e coisas do gênero são lugares fechados e secretos, com atividades internas escondidas das vistas do público.[105]

Em seguida, completou: “o que se impõe é a substituição do paradigma da opacidade pelo da transparência”.[106]

A conclusão de que **a tortura é um crime de oportunidade** é de absoluta relevância, especialmente para apreender seus sinais – potencial agressor, na presença de alvo apropriado, ausente guardião capaz – quando do julgamento de casos concretos, e para desenhar políticas públicas, objetivando sua prevenção, repressão, punição e reparação.

---

[105] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direitos Humanos. **Relatório sobre a tortura no Brasil.** Disponível em: <http://www.rnndh.gov.br/>. Acesso em: 8 jan. 2005.

[106] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direitos Humanos. Qüinquagésima oitava sessão. Item 11(a) da agenda provisória. Direitos Civis e Políticos, incluindo as questões de Tortura e Detenção. Relatório do Relator Especial, Sir Nigel Rodley, submetida de acordo com a Resolução 2001/62 da Comissão de Direitos Humanos. E/CN.4/2002/76. Tradução nossa. No original: Torture and impunity : I have noted in the past that the single most important factor in the proliferation and continuation of torture is the persistence of impunity, be it of a de jure or de facto nature.
I would stress the duty of States to bring to justice perpetrators of torture as an integral part of the victims’ right to reparation. One of the main factors constituting a condition of impunity de facto is the prevalence of the opportunity to commit the crime of torture in the first place. In that respect, one of my main recommendations would be external supervision of all places of detention by independent officials, such as judges, prosecutors, ombudsmen and national or human rights commissions, as well as by civil society. I would also recommend the presence of the person’s lawyer at interrogation sessions.
I am convinced that there needs to be a radical transformation of assumptions in international society about the nature of deprivation of liberty. The basic paradigm, taken for granted over at least a century, is that prisons, police stations and the like are closed and secret places, with activities inside hidden from public view. The international standards referred to are conceived of as often unwelcome exceptions to the general norm of opacity, merely the occasional ray of light piercing the pervasive darkness. What is needed is to replace the paradigm of opacity by one of transparency. The assumption should be one of open access to all places of deprivation of liberty. Of course, there will have to be regulations to safeguard the security of the institution and individuals within it, and measures to safeguard their privacy and dignity. But those regulations and measures will be the exception, having to be justified as such; the rule will be openness.

É igualmente relevante concluir-se que houve social e politicamente a construção da assim chamada "classe dos torturáveis". A tortura revelou-se ser seletiva. Sempre pareceu saber escolher suas vítimas. Nem todos podiam ser torturados. Em Roma, inicialmente, só escravos poderiam ser submetidos à tortura, ou por suspeita de práticas de delitos, ou por suspeita de serem testemunhas de delitos. A expansão desse restrito rol só atingiu homens livres, quando acusados de traição[107].

Essa seletividade, ou a construção dos "torturáveis", está presente em todos os documentos legais, do período medieval – *Ley de Las Siete Partidas* – e da Idade Moderna*,* como as Ordenações Filipinas, que nos tocam mais de perto, seguem esse figurino.

Aquele documento de *Castilla,* por exemplo, já advertia, em sua Ley II, que

> Não devem meter a tormento a ninguém que seja menor de catorze anos, nem a cavalheiro, nem a mestre de leis ou de outro saber, nem a homem que fosse conselheiro assinaladamente do rei ou de alguma cidade ou vila do reino, nem aos filhos desses sobreditos, sendo filhos homens de boa fama, nem a mulher que estivesse grávida, malgrado os sinais e suspeitas contra ela; e isto é por honra da ciência ou da nobreza que têm em si; e a mulher em razão da criatura que tem em seu ventre, que não merece mal.[108]

Cavalheiros e nobres não poderiam ser atormentados por sua "essência nobre". A mulher, por outro lado, apenas para não fazer mal à criatura de seu ventre, "que não merece mal".

Luciano Oliveira[109], observando quem é a vítima preferencial das polícias – "o pequeno marginal das favelas e periferias", "pobres, trabalhadores desqualificados, de preferência pretos e pardos etc", sintetiza quem integra a classe dos torturáveis,

---

[107] CONROY, John. **Unspeakable Acts Ordinary People:** the Dynamics of Torture. New York: Alfred A. Knopf, 2000. p. 27

[108] ESPANHA. **Las Siete Partidas.** Valladolid: Editorial Lex Nova, 1989. p. 702. Tradução nossa. No original: no deben meter a tormento a ninguno que sea menor de catorce años, nin a caballero, nin a maestro de leyes o de outro saber, nin a home que fuese consejero senãladamente del rey o del comum de alguna cibdat o villa del regno, nin a los fijos destos sobredichos, leyendo los fijos homes de buena fama, nin a muger que fuese preñada fasta que para, maguer fallasen señales o sospechas contra ella: et esto es por honra de la esciencia o de la nobleza que han en sí; et a la muger por razon de la criatura que tiene en el vientre, que non merece mal.

[109] OLIVEIRA, Luciano. **Do Nunca mais ao eterno retorno**. São Paulo: Brasiliense, 1994. p. 11/12. N.A. O professor Luciano Oliveira ainda esclarece que o personagem integra o romance *Nosso homem em Havana*, "passado em Cuba no tempo de Fulgêncio Batista".

resgatando fala do “Capitão Segura”, personagem de Graham Greene: “Os pobres de meu próprio país... e de qualquer país latino-americano”.

Isso fez com que John Conroy[110] apontasse outra característica da prática da tortura: “levanta pouco protesto enquanto a classe de torturáveis ficar confinada às camadas inferiores; à medida em que se aproxima da porta de cada um, torna-se mais condenável”.

A abolição da escravidão eliminou apenas um dos fatores de seleção dos torturáveis. Os demais, que acompanharam os negros libertos daquele cativeiro, aprisionariam suas gerações futuras, agrupando cor, classe, e cultura para serem estigmatizadas, marginalizadas, desrespeitadas, desumanizadas.

Finalmente, revisitando a história do direito penal e do processo penal no Brasil, bem assim, relendo as circunstâncias e motivos invocados para o uso da tortura – quer como meio para obtenção de prova, quer como forma de castigo, ou outro – foi possível observar que:

a) a tortura sempre foi instrumental, estando presente nas relações de poder, com supremacia de forças do torturador e inferioridade física, psicológica, econômica ou jurídica do torturado;
b) a tortura era praticada por se fazerem presentes oportunidades favoráveis, e ausência de vigilância sobre as condutas dos torturadores;
c) a ambiência e as situações em que agressor e vítima se encontravam eram propensas às fricções e atritos;
d) relações pessoais existentes entre agressor e vítima eram propensas às fricções e atritos;
e) as vítimas da tortura – os “torturáveis” - nunca foram consideradas iguais aos seus carrascos, mas inferiores, menores que humanos, e merecedores do sofrimento ou castigo;
f) as vítimas eram tornadas invisíveis no processo de aplicação dos tormentos:

[110] CONROY, John. **Unspeakable Acts Ordinary People:** the Dynamics of Torture. New York: Alfred A. Knopf, 2000. p. 31. No original”[…] it arouses little protest as long as the definition of the torturable class is confined to the lower orders; the closer it gets to one’s own door, the more objectionable it becomes.”

- ou os processos eram secretos até para a vítima;
- ou as vítimas eram mantidas em segredo;
- ou as vítimas não tinham acesso a recursos jurídicos;
- ou todos os fatores em conjunto;

g) as vítimas eram destituídas de poder, sendo presas fáceis nas mãos de seus algozes;

h) a “racionalidade” da aplicação da tortura incluía processo de desumanização da vítima e colocava-a como ameaça concreta aos valores ou fundamentos da ordem da sociedade que os algozes representavam, sendo legítimo livrar-se da ameaça que representavam; ou eram vistas como portando algo de valor para o agressor (informação, confissão etc);

i) o medo da ameaça das vítimas e a retaliação pseudo-justiceira agiam como motores para a aplicação dos suplícios;

j) o racismo e a ideologia que informam/permeiam o sistema político e normativo influenciará o modo como os órgãos de justiça e segurança atuam para a identificação, prevenção, punição e reparação da tortura.

5. ASPECTOS DOGMÁTICOS. DE CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE A DELITO AUTÔNOMO: A CRIMINALIZAÇÃO DA TORTURA.

Como mencionado anteriormente, quando da proclamação da Independência, a Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, decretou, em seu artigo 179, incisos 19 e 21, ficarem abolidos os "açoutes, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis".

O Código Criminal do Império, de 1830, posterior a esse diploma fundador, dispunha em sentido distinto, ao prever, no seu artigo 60, que

> [...] se o réu for escravo, e incorrer em pena que não seja a capital ou de galés, será condenado na de açoites e, depois de os sofrer, será entregue ao seu senhor, que se obrigará a trazê-lo com um ferro pelo tempo e maneira que o juiz o designar. O número de açoites será fixado na sentença e o escravo não poderá levar por dia mais de cinqüenta.

A Constituição Imperial, que se aplicava aos cidadãos do império, não protegia os escravos, nem os índios, porque não eram considerados gente, não eram tidos como inteiramente humanos. Eram coisa. Mercadoria. Propriedade.

No final do século XIX, com a Constituição Republicana de 1891, são abolidas as penas de galés, banimento e de morte, e novo Código Penal, incorporando valores e avanços da época, substitui as antigas penas corporais por perda da liberdade em prisões, estas sendo lugares não apenas para punição, mas também para "cura" e "reabilitação", nos quais os condenados aprenderiam a "readaptar-se à sociedade civil".[111]

A Constituição de 1934 proibiu penas de banimento, morte, confisco ou de caráter perpétuo (artigo 113, 29); a de 1937, do Estado Novo, reintroduziu a pena de morte para crimes contra o Estado, e também para o homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade, além de vedar "penas corpóreas perpétuas" (artigo 122, 13). As Constituições de 1946 (artigo 141, § 31) e 1967 (artigo 150, § 11) trazem redação assemelhada à de 1934.

---

[111] CASSESE, Antonio. **Inhuman States**. Cambridge (USA): Polity, 1996. p. 129.

Finalmente, e como resposta específica ao regime militar instituído a partir de 1964 até 1985, a Constituição de 1988 é a que reintroduz a proibição expressa à tortura, nos seguintes termos: Artigo 5º. [...] III – ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

A Constituição não definiu o que fosse tortura, nem o que fosse tratamento desumano ou degradante. Nem mesmo quando ordenou, no inciso XLIII desse mesmo artigo 5º, que o legislador ordinário definisse a tortura como "crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia".

Seria a tortura prevista no artigo 5º, III, modo de constitucionalização do conceito de tortura já constante da lei penal ordinária (Código Penal)? Veremos que não inteiramente.

Vimos que, no primeiro documento produzido na Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias Individuais, da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, os constituintes de 1987/1988 compreenderam a importância de novamente ser proclamada a proibição da tortura, bem assim de serem estabelecidas garantias e salvaguardas contra essa prática hedionda.

Como antecipado, uma das primeiras versões trazia a seguinte redação:

> Art. 45 - A tortura, a qualquer título, é crime de lesa-humanidade, inafiançável e insusceptível de anistia e prescrição.
> 1 - Considera-se tortura qualquer ato através do qual se inflige, intencionalmente, dor ou sofrimento físico, mental ou psicológico a uma pessoa, com o propósito de obter informação ou confissão, para puni-la ou constrangê-la, ou a terceiros, com o consentimento ou tolerância de autoridade pública ou de outrem investido oficial ou oficiosamente de autoridade.
> 2 - Tais crimes serão apurados e julgados por denúncia da própria vítima, de seus parentes ou representantes legais, ou por representação da sociedade civil junto ao Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana.
> 3 - A vítima terá direito a justa e adequada indenização, inclusive aos meios necessários à sua plena reabilitação.
> 4 - Em caso de morte, os dependentes ou herdeiros da vítima terão direito à indenização do Poder Público, assegurada a este ação de regresso contra os seus prepostos torturadores.

> 5 - Nos casos de tortura cometida por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, a estas incumbe a indenização[112].

Essa primeira versão do texto estava em estreita sintonia com o Direito Internacional dos direitos humanos, observando e respeitando as regras contidas na Convenção Contra a Tortura, da ONU (de 1984), e a Convenção Interamericana para Punição e Prevenção da Tortura e de Outras Penas ou Tratamentos Desumanos, Degradantes ou Cruéis. Estabelecia, além da inafiançabilidade, sua imprescritibilidade (ao lado de não poder ser objeto de anistia). Assentava o conceito de tortura como crime próprio de agente do Estado, caracterizado pelo intenso sofrimento físico ou mental, com um propósito; definia a legitimidade para sua denúncia e o dever de sua apuração e previa o direito a indenização.

O tema suscitou imenso interesse por parte dos constituintes de 1987/1988. Foram mais de 150 propostas de emenda aos projetos de texto constitucional, apresentadas em várias fases.

Emenda do Deputado José Genoíno desobrigava servidor público, civil ou militar, de obedecer ordens que violassem os direitos fundamentais do ser humano, sob pena de serem por estes atos responsabilizados.[113] Para o Deputado Haroldo Lima, seria relevante considerar o crime de tortura inafiançável e imprescritível e explicitá-lo como crime de lesão à humanidade.[114] Já o Deputado baiano Uldurico Pinto pretendeu levar o combate à tortura para dentro do rol dos princípios fundamentais.[115] O Deputado Jairo Carneiro considerou relevante declarar a vedação de prova obtida mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa.[116] O Deputado Antônio Mariz insistia para que fosse o crime de tortura considerado inafiançável e imprescritível.[117]

---

[112] BRASIL. Senado Federal BANCO: COMISSÃO DA SOBERANIA E DOS DIREITOS E GARANTIAS DO HOMEM E DA MULHER Anteprojeto Da Subcomissão Dos Direitos Políticos, Dos Direitos Coletivos E Garantias Individuais, Da; Fase:A Com:1 Sub:B Tit:00 Cap:00 Sec:00 Ref:A1b000000045.
[113] EMEN FASE:B COM:1 SUB:B REF:A1B000009/ ADITIVA SEÇÃO:09 PT SP JOSÉ GENOÍNO
[114] EMEN FASE:B COM:1 SUB:B REF:A1B/ MODIFICATIVA
[115] EMEN FASE:B COM:1 SUB:B REF:A1B000009/ ADITIVA SEÇÃO:09
[116] EMEN FASE:B COM:1 SUB:C REF:A1C000009/ ADITIVA SEÇÃO:09
[117] EMEN FASE:B COM:1 SUB:C REF:A1C/ MODIFICATIVA - ONDE COUBER REF:A1C0010/ ADITIVA CAPITULO:10

Como essas proposições ou não eram acolhidas, ou eram retiradas nas fases subseqüentes, tornava-se necessário persistir em sua inclusão, por meio de emendas aditivas. A Deputada paulista Irma Passoni propôs emenda abrangente, consolidando as iniciativas anteriores e acrescentando novos e interessantes aspectos. Em sua proposição[118], reconhecia a tortura como crime de lesa-humanidade e, portanto, imprescritível, inanistiável, inafiançável, inindutável e inagraciável; admitia um conceito amplo de tortura – qualquer ato por meio do qual se infligisse intencionalmente dor ou sofrimento, fosse físico, mental ou psicológico, a uma pessoa, com propósitos tais como obter dela ou de uma terceira pessoa informação ou uma confissão, punindo-a por um ato que ela ou uma terceira pessoa tivesse cometido ou fosse suspeita de ter cometido ou intimidando ou constrangendo a pessoa ou uma terceira pessoa, por qualquer razão baseada em qualquer forma de discriminação, quando tal dor e sofrimento fossem infligidos, instigados com consentimento ou aprovação de uma autoridade pública ou outra pessoa agindo em uma competência oficial ou oficiosa.

Inovando sobre o tema, sua proposta previa que tais crimes fossem apurados e julgados por um Conselho Civil especial, por denúncia da própria vítima, de seus familiares ou representantes legais ou por uma representação da sociedade civil ao Tribunal da Constituição ou foro correspondente. À vítima era reconhecido direito à justa indenização, incluindo os meios necessários e sua plena reabilitação, transmitindo-se aquele, em caso de morte, aos herdeiros e dependentes.

Incorporando integralmente disposição da Convenção Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Desumanos Degradantes ou Cruéis, da ONU, a proposta de emenda da Deputada Irma Passoni previa ainda que uma declaração obtida sob tortura seria nula, exceto contra a pessoa acusada da prática de tortura, como prova de que a declaração fora feita.

Ainda, as condutas criminosas que tivessem produzido mortes, seqüestros e desaparecimento das vítimas da tortura seriam consideradas crimes conexos sujeitos às mesmas caracterizações. Finalmente, produzia alterações sobre a Lei de Anistia de 1979, no sentido de permitir a apuração e o julgamento dos crimes de

[118] EMEN FASE:E COM:1 SUB:0 REF:A10000001301 ADITIVA ARTIGO:301 PT SP IRMA PASSONI

lesa-humanidade, ou seja, fazendo cessar os efeitos da auto-anistia concedida pelos militares pelos crimes de tortura, assassinatos, desaparecimentos forçados, execuções sumárias, arbitrárias etc.

O Deputado baiano Prisco Viana[119] voltava a insistir em de considerar a tortura como crime imprescritível, inafiançável e insuscetível de anistia e também a explicitar que responderiam por ele os mandantes, os executores e aqueles que, podendo evitar, tivessem se omitido e aqueles que, cientes da prática delituosa, não a tivessem comunicado.

Nem todas as proposições foram formuladas no sentido de explicitar o sentido e fortalecer o alcance da proibição da tortura. Algumas emendas, ao contrário, procuraram criar obstáculos à introdução do tema na constituição.

O Deputado pernambucano Ricardo Fiúza[120] pretendeu assegurar que as prescrições constitucionais referentes à tortura só passassem a valer a partir da data de promulgação da Constituição.

Já o Deputado baiano Eraldo Tinoco[121] propôs emenda, suprimindo do texto constitucional a referência à tortura, o que recebeu parecer favorável ao argumento de que tortura não seria o crime mais grave contra a vida e não deveria ser previsto senão no Código Penal.

O Deputado norte-riograndense Ismael Wanderley[122] pretendeu impor prisão perpétua ao mandante e ao executor no crime de tortura.

O Deputado do Espírito Santo, Gérson Camata[123], trouxe definição nova para o delito de tortura, segundo a qual tortura seria qualquer inflição sistemática de dor física,

---

[119] EMEN FASE:J COM:9 SUB:0 REF:A90000000201 MODIFICATIVA ARTIGO:201 PMDB BA PRISCO VIANA

[120] EMEN FASE:M COM:9 SUB:A REF:A9A020100012 MODIFICATIVA ARTIGO:012 PFL PE RICARDO FIUZA

[121] EMEN FASE:M COM:9 SUB:A REF:A9A020100012 SUPRESSIVA ARTIGO:012

[122] EMEN FASE:M COM:9 SUB:A REF:A9A020100012 ADITIVA ARTIGO:012 PMDB RN ISMAEL WANDERLEY

[123] EMEN FASE:M COM:9 SUB:A REF:A9A0201/ ADITIVA CAPITULO:01 PMDB ES GERSON CAMATA

fadiga exaustiva, sofrimento moral capaz de produzir danos físicos, ultraje à dignidade sexual, bem como qualquer administração de substância química ou psicofarmacológica, com a finalidade de subjugar a vontade do preso, praticada por funcionários públicos civis ou militares com determinadas atribuições ou que as tivessem usurpado, objetivando a extorsão de confissão, de testemunho ou de declaração de pessoa sob seu poder, ou a punição ou intimidação de tal pessoa ou de terceiro, sendo irrelevante e não podendo se prestar como escusa a alegação de cumprimento de ordem superior ou situação de emergência.

Apesar dos inúmeros e valiosos esforços apontados, o texto aprovado na redação final do art. 5º é lacônico e fixa unicamente o princípio geral da proibição da tortura:

> Art. 5º [...]
> III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;
> [...]
> XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

O texto constitucional acolheu a versão genérica, difusa, de proibição, sem preocupação em delimitar conceitos. Adotou, em grandes linhas, a proibição da tortura contida no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU, de 1966, e na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969.

Deliberadamente, o constituinte de 1988 deixou de adotar o já conhecido e consagrado conceito, lançado na Convenção Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Desumanos, Degradantes ou Cruéis, da ONU, de 1984.

O conceito de tortura já era incorporado ao ordenamento penal pátrio, como prática violenta que abusava dos meios de produção da dor. Nesse sentido, tortura correspondia à imposição de tormentos, suplícios, intenso sofrimento, por crueldade ou instinto bestial de quem os aplicava.

O dispositivo do Código Penal traz a seguinte redação:

> Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:
> [...]
> II - ter o agente cometido o crime:
> [...]
> d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum [...].[124]

A doutrina cuidou de consolidar a compreensão da tortura como meio cruel de execução de um delito, e, assim, como circunstância de agravamento da pena. Para Damásio de Jesus, "A tortura é meio cruel. Pode ser física ou moral".[125] "Meio cruel é o que aumenta o sofrimento do ofendido, ou revela uma brutalidade fora do comum ou em contraste com o mais elementar sentimento de piedade".[126]

Cezar Roberto Bitencourt faz coro com essa interpretação. Comentando o dispositivo legal *supra* enfocado, diz ele:

> [...] relacionam-se aqui, exemplificativamente, os meios de cometimento do crime, que se caracterizam pela insidiosidade ou crueldade. Meio insidioso (veneno) é aquele capaz de iludir a atenção da vítima. Meio cruel (fogo, explosivo, tortura) é aquele que causa, desnecessariamente, maior sofrimento à vítima, 'ou revela uma brutalidade fora do comum ou em contraste com o mais elementar sentimento de piedade' (Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, n.38).[127]

Na mesma linha segue Júlio Fabbrini Mirabete, para quem "a tortura é um meio que inflige à vítima um mal ou sofrimento maior, desnecessário no mais das vezes para a prática do crime, denotando sadismo, insensibilidade e crueldade do agente".[128]

Segundo esses vários autores – que expressam, em geral, a compreensão jurídica atual sobre o conceito de tortura – esta prática se caracteriza por um aumento do sofrimento do ofendido, revelando brutalidade fora do comum, ou contrastando com o mais elementar sentimento de piedade, porque causa, desnecessariamente, maior sofrimento, denotando sadismo, insensibilidade e crueldade do agente. Na

---

[124] Redação dada à alínea pela Lei nº 7.209, de 11.07.1984.
[125] JESUS, Damásio E. **Direito Penal.** 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 2 v. p. 68
[126] JESUS, Damásio E. **Direito Penal.**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 1 v. p. 562.
[127] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 220.
[128] MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 425.

concepção construída a partir daí, o torturador é brutal, impiedoso, sádico, insensível e cruel.

Essa imagem, construída a partir da definição da tortura como meio de execução de outro crime, tornará difícil a compreensão de que o perpetrador do delito de tortura não é, necessariamente, nem brutal, nem sádico, nem impiedoso, nem insensível, nem cruel. Antes, os estudos revelam que a tortura, como prática *widespread and systematic* (disseminada e sistemática), é absolutamente racional e funcional. Por isso, é muitas vezes difícil ao Judiciário reconhecer que determinado agente da lei, por vezes tão eficiente no cumprimento do seu dever e tão eficaz na elucidação de crimes, possa ser um sádico impiedoso, já que a tal corresponderia ser acusado da prática de tortura.

Júlio Fabbrini Mirabete não consegue fugir do modelo de *tortura* como conduta a ser realizada por um *sádico,* quando resolve comentar o delito de tortura, previsto na Lei 9.455/97:

> [...] não se configura o crime em apreço quando o agente causa, por violência ou grave ameaça, sofrimento físico ou mental se inexistentes as circunstâncias elementares dos tipos previstos na lei especial. Figure-se a hipótese da tortura infligida apenas por sadismo ou vingança. Nessas hipóteses, continua o fato a constituir, eventualmente, um delito menor, como constrangimento ilegal, lesão corporal leve etc., com penas reduzidíssimas, face à gravidade do fato. Nessa hipótese, como sempre tem ocorrido, somente será possível um mero aumento de pena pela ocorrência da agravante genérica do art. 61, II, d, do CP.[129]

A experiência cotidiana aponta em outra direção. Élio Gaspari anota sentido inverso: “O que torna a tortura atraente é o fato de que ela funciona. O preso não quer falar, apanha e fala. É sobre esta simples constatação que se edifica a complexa justificativa da tortura pela funcionalidade”.[130]

---

[129] MIRABETE, Julio Fabbrini. Tortura: notas sobre a Lei 9.455/97**.** Revista Jurídica **RJ** nº 248, jun. 1998. p. 30.
[130] GASPARI, Elio. **A Ditadura Escancarada.** São Paulo: Cia. das Letras, 2002. p. 37.

Saindo da generalidade de considerar a tortura como modo de execução de um crime, e, portanto, circunstância agravante, a primeira experiência nacional constituindo tortura um delito autônomo surgiu em 1990, com a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em outubro de 1988, promulgada a nova Constituição, houve especial atenção à condição da criança e do adolescente. O art. 227 impunha como dever

> [...] da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Ainda, o § 4º desse dispositivo determinava à futura legislação punir "severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente".

Em novembro de 1989, Assembléia Geral das Nações Unidas adotou a Convenção Sobre os Direitos da Criança. [131] Segundo o art. 37 desse tratado internacional

> Os Estados Partes zelarão para que:
>
> a) nenhuma criança seja submetida à tortura nem a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Não será imposta a pena de morte nem a prisão perpétua sem possibilidade de livramento por delitos cometidos por menores de dezoito anos de idade;
> [...]
> c) toda criança privada da liberdade seja tratada com a humanidade e o respeito que merece a dignidade inerente à pessoa humana, e levando-se em consideração as necessidades de uma pessoa de sua idade. Em especial, toda criança privada de sua liberdade ficará separada dos adultos, a não ser que tal fato seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, e terá direito a manter contato com sua família por meio de correspondência ou de visitas, salvo em circunstâncias excepcionais;

Na esteira desses diplomas fundamentais, foi promulgada a Lei 8.069, em julho de 1990, dispondo sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. Desse

[131] Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 28/09. Promulgada pelo Dec. Nº 99.710/90.

diploma legal, dois dispositivos se revelam de maior interesse, para nossas reflexões: os arts. 232 e 233.

O art. 232 criminalizou a conduta de "submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou a constrangimento".

Em julgamento recente, o Tribunal de Justiça de São Paulo[132] teve ocasião de examinar caso, envolvendo policiais e adolescentes, em que houvera absolvição em 1º Grau, da alegada prática de tortura (art. 1º, II, da Lei 9.455/97), mas, em grau de apelo, houve provimento do recurso do Ministério Público, para condenar os réus nas penas do art. 232 do ECA. Segundo o acórdão, "ao derramarem cola" sobre o corpo da vítima, o que causou "leve eritema focal do couro cabeudo", os policiais militares "submeteram a vítima – adolescente - a vexame e a manifesto constrangimento", mas "não chegaram a praticar tortura".

Merece referência nesse pronunciamento, ainda, como o Tribunal enfrentou a questão de identificar a presença da especial condição do agressor, já que o tipo exige que o vexame ou o constrangimento tenha sido imposto à criança ou adolescente que estivesse "sob sua autoridade, guarda ou vigilância". Para o Tribunal de Justiça de São Paulo, "pode-se considerar, outrossim, que o ofendido, quando interpelado pelos policiais, ficou, ainda que momentaneamente, sob a autoridade deles".

O aspecto relevante, aqui, foi considerar que, no ato da captura ou apreensão, alguém está – "ainda que momentaneamente" – "sob a autoridade" do seu captor.

O art. 233, por sua vez, criminalizou a tortura, quando praticada contra criança ou adolescente sob guarda, autoridade ou vigilância:

---

[132] TJ-SP. ACÓRDÃO **OO725O72.** Apelação Criminal 35O9423/8, da comarca de Caçapava. Segunda Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator Des. SALLES ABREU. Julgamento em 10.11.2004. http://juris.tj.sp.gov.br.

> Art. 233. Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a tortura:
> Pena - reclusão de um a cinco anos.
> § 1º. Se resultar lesão corporal grave:
> Pena - reclusão de dois a oito anos.
> § 2º. Se resultar lesão corporal gravíssima:
> Pena - reclusão de quatro a doze anos.
> § 3º. Se resultar morte:
> Pena - reclusão de quinze a trinta anos

Por esse dispositivo legal, a tortura passou a se constituir tipo penal distinto e diferenciado de lesão corporal, e homicídio, desde que estas últimas poderiam ser resultados da prática da tortura, cujo efeito seria o de alterar o gravame da punição.

O Tribunal de Justiça de São Paulo[133] teve oportunidade de examinar caso em que houve condenação nas penas do art. 233, § 2º, do ECA.

Ao acusado se atribuía a conduta de ter submetido uma adolescente de 13 anos, sua enteada,

> [...] a tortura, causando-lhe lesões corporais gravíssimas em virtude de deformidade estética: amarrou-a em um tronco porque se negara a manter relações sexuais e a queimou na vagina com um espeto de carne previamente aquecido.

O Tribunal não encontrou dificuldade em enquadrar o fato – de gravidade, quanto às agressões produzidas – no tipo do art. 233. Quanto à especial condição do sujeito ativo – alguém que tenha outrem sob guarda, autoridade ou vigilância – considerou que o imputado era companheiro da mãe da vítima "há nove ou dez anos, embora ambos não vivessem sob o mesmo teto" Ainda assim, considerou "inegável" que "tinha autoridade sobre a menina, sua enteada".

Entendeu "autoridade" como poder de fato, ou mesmo autoridade de fato, já que não detinha o companheiro – que sequer morava sob o mesmo teto com a enteada – nem guarda judicial, nem qualquer outra autoridade legal.

Essa compreensão não foi ausente de controvérsia em outros tribunais. Uma das disputas jurídicas mais relevantes foi saber se o próprio tipo previsto no art. 233 do

---

[133] Acórdão 00037232, proferido em março de 1998, no Agravo 231.927.3/1 Relator des. CELSO LIMONGI. Comarca: Capão Bonito. TJSP. http://juris.tj.sp.gov.br.

ECA descreveria de modo adequado a conduta, para que pudesse atender às exigências de suficiente previsão legal, ou seja, se, em razão de sua vaguidão, não violaria o princípio da legalidade estrita, de direito penal.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendeu que violava. Essa Corte estadual, examinando caso em que detetives de polícia civil prenderam ilegalmente a vítima, e a submeteram a constrangimentos físicos, entendeu que não se caracterizava tortura por que o tipo penal do art. 233 do ECA

> [...] não define e nem explicita em que consiste a ação de torturar, ferindo, assim, o princípio da reserva legal. Inexistência de prova no sentido de que o constrangimento físico a que foi submetido o menor tenha lhe causado intenso sofrimento físico ou mental. Absolvição decretada[134].

Curioso que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais tenha proferido tal decisão em abril de 2001. É que o Supremo Tribunal Federal já enfrentara a matéria em junho de 1994, ao julgar o HC 70.389-5 – SP[135]. E ali, por apertada maioria de seis votos a cinco, entendera o que a norma era constitucional.

A decisão do Supremo Tribunal tem vários aspectos relevantes, ainda agora, mesmo após ter o art. 233 sido revogado pela Lei 9.455/97 (como se verá no próximo capítulo, ao se examinar esta nova norma).

O primeiro aspecto, decidido pela Suprema Corte, foi da existência da tortura contra crianças e adolescentes como "entidade delituosa autônoma", com fundamento no art. 233, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Supremo Tribunal entendeu que "[o] crime de tortura, desde que praticado contra criança ou adolescente, constitui entidade delituosa autônoma cuja previsão típica encontra fundamento jurídico no art. 233 da Lei n 8.069/90".

---

[134] TJMG – ACr 000.205.233-0/00 – 3ª C.Crim. – Rel. Des. Kelsen Carneiro – J. 03.04.2001.

[135] HC 70.389-5 SP. Relator para o Acórdão o Min. Celso de Mello. Julgamento em 23.6.1994. www.stf.gov.br.

Assim, quanto ao aspecto da legalidade, esse Tribunal concluiu que

> A norma inscrita no art. 233 da Lei Nº 8.069/90, ao definir o crime de tortura contra a criança e o adolescente, ajusta-se, com extrema fidelidade, ao princípio constitucional da tipicidade dos delitos (CF, art. 5**,** XXXIX).

Para a Suprema Corte, tal preceito normativo

> encerra tipo penal aberto suscetível de integração pelo magistrado, eis que o delito de tortura, por comportar formas múltiplas de execução, caracteriza-se pela inflição de tormentos e suplícios que exasperam, na dimensão física, moral ou psíquica em que se projetam os seus efeitos, o sofrimento da vítima por **atos de desnecessária, abusiva e inaceitável crueldade**. (grifo nosso).

Nessa passagem, há o reconhecimento de que, no mundo dos fatos, muitas condutas podem vir a ser qualificadas de "tortura", quando forem suficientes a infligir "tormentos e suplícios", capazes de produzirem sofrimento exasperado na vítima. Igualmente relevante é o reconhecimento de que tal sofrimento por ter "dimensão física, moral ou psíquica".

Passagem preocupante na formulação, contudo, resulta da compreensão da Suprema Corte, que reproduz o conhecimento assumido de modo generalizado pelo aplicador do Direito, de que a tortura é "desnecessária, abusiva e inaceitável crueldade". De certo modo, essa compreensão é resquício do entendimento do uso da tortura como modo de prática de outro delito, equiparável ao "emprego de veneno, fogo, explosivo" "ou outro meio insidioso ou cruel", previstos na letra "d" do art. 61, do Código Penal, como agravante genérica.

O ponto de destaque, entretanto, resulta sendo o entendimento de que a tortura ali é um "tipo penal aberto suscetível de integração pelo magistrado".

Nessa decisão paradigmática, a Suprema Corte fez ainda outras afirmações relevantes sobre a questão. Entendeu a tortura como "prática inaceitável de ofensa à dignidade da pessoa", e a mera referência normativa à tortura, por si, "exterioriza um

universo conceitual impregnado de noções com que o senso comum e o sentimento de decência das pessoas identificam as condutas aviltantes".

Embora refira e reforce a compreensão de que é o indíviduo, em sua dignidade, que é atingido pela tortura, não negligenciou o Supremo Tribunal Federal de reconhecer que a "tortura constitui a negação arbitrária dos direitos humanos", sendo "prática ilegítima, imoral, abusiva" e "inaceitável ensaio de atuação estatal", cujo efeito conduz à asfixia ou supressão da dignidade, da autonomia e da liberdade do indivíduo.

Daí, ter o Supremo Tribunal entendido necessária a repressão da tortura pelo Estado brasileiro, nisto adequando-se às obrigações internacionais assumidas, especialmente através da Convenção sobre os Direitos da Criança (1990), da Convenção contra a Tortura da ONU (1984), da Convenção Interamericana contra a Tortura (1985), da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, 1969) e da própria Constituição.

Sobre a importância desses tratados, o Ministro Carlos Velloso afirmou que o Brasil subscreveu a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, aprovada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1984,e, como conseqüência, para o Ministro, "temos, no direito positivo brasileiro, a definição do fato delituoso que fez nascer o crime de tortura".[136] Não foi uma frase dita por acidente. O Ministro, deixando claro seu entendimento, insistiu:

> Está no direito positivo brasileiro a definição de tortura. Não sei como seria possível, em nome de um formalismo excessivo, ou um apego excessivo à letra fria da lei, exigir mais do que está posto na Convenção, que é direito interno.[137]

[136] Voto do Ministro Carlos Velloso, pág. 265 do Acórdão.
[137] Voto do Ministro Carlos Velloso, pág. 267 do Acórdão.

6. A TORTURA NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

O inciso III, do artigo 5º, da Constituição de 1988, como que reproduziu o artigo 7º do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, aprovado em Assembléia das Nações Unidas em 1966, que determina:

> Artigo 7º. Ninguém poderá ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas.[138]

A definição de tortura veio a ser prevista na Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas e Degradantes, subscrita e ratificada pelo Brasil e incorporada ao nosso ordenamento jurídico, com força de lei. Segundo essa Convenção, tortura é definida como

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

A Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, igualmente, subscrita e ratificada[139] pelo Brasil, também define, em seu artigo 2º, o que seja tortura:

> [...] todo o ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou com qualquer outro fim. Entender-se-á também como 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 angústia psíquica.[140]

---

[138] Embora só viesse a ser incorporada ao direito brasileiro a partir de sua promulgação, em abril de 1992, ainda assim influenciou o legislador constituinte, que dela tomou conhecimento.

[139] Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 5, de 31 de maio de 1989; promulgada pelo Decreto nº 98.386, de 9 de novembro de 1989.

[140] Promulgada pelo Decreto 98.386 de 9 de novembro de 1989, publicado no D.O.U de 13 de novembro de 1989.

Alguns aspectos merecem destaque. Tanto na Convenção da ONU quanto na da OEA, é tortura “qualquer ato” ou “todo ato” intencional que produza sofrimentos físicos ou mentais. A Convenção da ONU fala também em dores, enquanto a da OEA refere-se a penas. No inglês, ambas usam a expressão *pain*, que pode ser traduzida tanto por “dores” quanto por “penas”.

Na Convenção da ONU, expressamente, refere-se à intensidade do sofrimento ou das dores, que precisam ser “agudos”, enquanto a Convenção da OEA silencia quanto a tal aspecto, embora a jurisprudência da Comissão Interamericana e a da Corte exijam grau de severidade intenso.

No documento da OEA, entende-se também como 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 angústia psíquica. Isso conduz ao entendimento que a tortura é instrumento de substituição ou aniquilamento da vontade livre e consciente do torturado. Esta parte do conceito abrange o uso de substâncias químicas, que alteram as expressões de humor, caráter, etc.

Nos moldes em que referido na Convenção contra a Tortura, da ONU, a Convenção Americana pressupõe a prática por “empregados ou funcionários públicos*”,* que, atuando nesse caráter, cometem-na diretamente, ou, podendo impedi-la, não o fazem.

Nessas convenções, percebe-se que o termo “tortura” passa a ser aplicado às situações em que agentes do Estado – funcionários, militares, policiais etc – submetem pessoas a intenso sofrimento físico ou psíquico como castigo, ou para obter confissão ou informação.

Esse é um aspecto que tem merecido variadas críticas por juristas internacionais. Ahcene Boulesbaa observa que, durante os trabalhos preparatórios da convenção, o representante da França insistiu para que a ela também mencionasse a tortura

praticada por indivíduos privados.[141] O Governo Federal da Alemanha propôs, na discussão acerca do conceito de "agente público" (*public official*), que a expressão se referisse não apenas àqueles investidos de autoridade pública por um órgão do Estado, mas também abrangesse pessoas que, em certas regiões, ou sob condições particulares, efetivamente detivessem e exercessem autoridade sobre outras pessoas, e cuja autoridade fosse comparável à autoridade governamental ou que, ainda que temporariamente, substituísse a autoridade governamental, ou cuja autoridade derivasse daquelas autoridades estatais.[142]

A posição vitoriosa, no âmbito das Nações Unidas, foi a de que a Convenção contra a Tortura destinava-se a tratar de situações em que fosse provável não serem oferecidos remédios de âmbito nacional.[143]

O tema é particularmente sensível ao movimento feminista, para o qual os direitos humanos são fortemente centrados na dicotomia público/privado, característica dos paradigmas sociais liberais.

Andrew Byrnes, realizando análise crítica sobre o papel do Comitê contra a Tortura (CAT), lembra os argumentos de críticos à postura em geral dos organismos das Nações Unidas, os quais não levam em consideração as experiências concretas das mulheres e os tipos de violação aos direitos humanos delas. Um dos argumentos principais é o de que a estrutura conceitual, a partir da qual se realizam os exames das violações aos direitos das mulheres, torna invisíveis muitas das violações sofridas por elas, porque o foco das violações é dirigido ao Estado ou seus agentes, e deixa livre de responsabilização muitas das agressões sofridas pelas mulheres, imputáveis aos homens, mas que se desenvolvem na esfera privada.[144]

---

[141] BOULESBAA, Ahcene. **The U.N. Convention on Torture and the Prospects for Enforcement**. The Hague: Martinus Nijhoff , 1999. p. 23.
[142] BOULESBAA, Ahcene. **The U.N. Convention on Torture and the Prospects for Enforcement**. The Hague: Martinus Nijhoff , 1999. p. 27.
[143] BOULESBAA, Ahcene. **The U.N. Convention on Torture and the Prospects for Enforcement**. The Hague: Martinus Nijhoff , 1999. p. 24.
[144] BYRNES, Andrew. **The Committee Against Torture.** *In* ALSTON, Philip. **The United Nations and Human Rights A Critical Appraisal**. Oxford: Clarendon, 1995. p. 519.

Lisa Kois, consultora jurídica do Relator Especial das Nações Unidas para Violência contra a Mulher, observa que

> [...] está fora de questão que a convenção [Contra a Tortura] nunca foi prevista como uma convenção contra a violência contra a mulher. Todavia, ela também nunca foi prevista como uma convenção contra a violência contra o homem. Inobstante isto, tal é essencialmente em que se converteu, assim como tantos outros instrumentos de direitos humanos 'neutros' quanto ao gênero.[145]

O artigo 1º da Convenção Contra a Tortura, da ONU, todavia, traz em sua parte final disposição que será extremamente útil analisar, ao refletirmos sobre a Lei contra a Tortura no Brasil. Em sua parte final, aquele artigo traz a seguinte redação: "O presente artigo não será interpretado de maneira a restringir qualquer instrumento internacional ou legislação nacional que contenha ou possa conter dispositivos de alcance mais amplo".

Veremos que é exatamente o caso da legislação brasileira.

Antes de passarmos ao exame da legislação nacional, convém realçar aspecto relevante no âmbito internacional, no que diz respeito à natureza das obrigações assumidas pelo Brasil, ao aderir à Convenção contra a Tortura.

Ahcene Boulesbaa observa que o artigo 2º da Convenção contra a Tortura prevê que "Cada Estado tomará medidas eficazes de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de outra natureza, a fim de impedir a prática de atos de tortura em qualquer território sob sua jurisdição".

Tal disposição contém obrigações de conduta e obrigações de resultado, aquelas impondo ao Estado-parte adotar medidas, e estas exigindo o monitoramento delas, para que os fins sejam atingidos.

Ora, se o objetivo maior da Convenção é prevenir a tortura, importa saber como as medidas de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de outra natureza, adotadas pelo Estado-parte, são aplicadas na prática, no dia-a-dia.

---

[145] KOIS, Lisa M. **Dance, Sister, Dance!** *In* DUNER, Bertil. **An End to Torture.** London: Zed, 1998. p. 90.

Sendo tais obrigações de implementação imediata[146], a análise que devemos fazer a respeito dos passos dados pelo Estado brasileiro para erradicar a tortura haverá de examinar não apenas a adoção de atos normativos de índole legislativa, mas igualmente como eles operam no cotidiano, monitorando sua implementação pelos diversos órgãos do Executivo e pelo próprio Judiciário.

Finalmente, merece referência a definição de tortura como crime contra a humanidade, previsto no artigo 7 (1) (f), do Estatuto de Roma, convenção internacional que criou o Tribunal Penal Internacional.

De acordo com esse dispositivo, são elementos do tipo que o agente inflija dor ou sofrimento físico ou mental severos sobre pessoa que esteja em custódia, ou sob controle do agressor; que tal dor ou sofrimento não seja inerente ou incidental a sanções legais (legítimas); que a conduta tenha sido cometida como parte de um ataque disseminado (*widespread*) e sistemático (*systematic*) contra população civil, e o perpetrador saiba que a conduta fazia parte desse ataque sistemático.

Dois aspectos são relevantes. Como o Tribunal Penal Internacional pretende estabelecer responsabilidades individuais por crimes contra a humanidade, não exige que o agente seja público. Por outro lado, tampouco se exige que haja propósito específico ou motivação especial, para tal prática.[147] A exigência fundamental, além da severidade das dores ou sofrimentos intencionalmente infligidos, é a circunstância de tal conduta fazer parte de um ataque sistemático e disseminado à população civil, que esteja presa ou sob controle do agressor.

---

[146] BOULESBAA, Ahcene. **The U.N. Convention on Torture and Prospects for Enforcement.** The Hague: Martinus Nijhoff, 1999. p. 71.

[147] TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Elements of Crimes**. Source: ASP. Number: ICC-ASP/1/3(partII-B). Adoption:09/09/2002. Entry into force: 09/09/2002. Disponível em: <www.icc-cpi.int>. Acesso em 20.10.2005.

7. A TORTURA NA LEI 9.455/97

A Lei 9.455/97 traz a descrição de três condutas que constituem tortura, e uma quarta situação, que é a expressa punição pela omissão em evitar ou apurar sua prática.

O art. 1º, inciso I prevê a modalidade de tortura mediante constrangimento:

> I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico e mental:
> a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;
> b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;
> c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

O art. 1º, inciso II menciona a modalidade de tortura mediante subjugação:

> II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.
> Pena - reclusão, de dois a oito anos.

No § 1º, do art. 1º, a Lei tipifica a situação de tortura mediante subjugação de preso, ou de quem esteja sujeito à medida de segurança:

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

Sem querer antecipar toda a apreciação dessas condutas, com suas especificidades, é relevante realçar, desde logo, que a hipótese prevista no § 1º, do art. 1º, da Lei, não contém o especial fim de agir, nem o intenso sofrimento. Aqui, o legislador retirou, portanto, os elementos que distinguem tortura de tratamento desumano, degradante ou cruel. Houve equiparação nas penas. O pressuposto parece ser que alguém preso, ou submetido a medida de segurança, seja particularmente vulnerável. Essa vulnerabilidade presumida faz aumentar o dever de proteção dos agentes do Estado. O desrespeito ao dever de proteção produz o agravamento da punição da conduta de submissão ou sujeição a sofrimento físico ou mental, por prática ilegal.

Finalmente, no § 2º, do art. 1º, houve a criminalização expressa da omissão de evitar ou apurar o cometimento da tortura:

> § 2º. Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos.

No direito brasileiro, portanto, várias condutas podem configurar o delito de tortura: é uso de violência ou grave ameaça**,** que provoque intenso sofrimento físico ou mental, tendo por motivo obter informação, declaração ou confissão; ou para provocar ação de natureza criminosa ou omissão de natureza criminosa; ou em razão de discriminação racial ou religiosa; ou, como forma de aplicar castigo ou como forma preventiva (ou de intimidação). Estas duas últimas aplicadas sobre pessoas sob guarda, poder ou autoridade de quem pratica a violência ou ameaça.

Ainda, constitui tortura submeter pessoa presa ou sujeita à medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

Como visto, antes da Lei 9.455/97, a tortura era crime apenas quando praticada contra crianças e adolescentes, em razão de lei especial disciplinando a matéria. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), no art. 233, tipificava como crime “submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância, à tortura”. Mas não definia o que vinha a ser tortura. Isso, todavia, não impediu o Supremo Tribunal Federal de reconhecer como válido o tipo penal previsto no referido artigo 233.

Das várias condutas que podem tipificar o delito de tortura, apenas as referidas no § 1º, do art. 1º, são exclusivas de agente público. A lei brasileira, contrariamente às convenções internacionais, optou por criminalizar a tortura como tal, deixando de lado a tendência consolidada nas Nações Unidas, e, mesmo no âmbito da Organização dos Estados Americanos, de relacioná-la especificamente a agentes do Estado.

Para análise jurídica do delito de tortura, é importante identificar e examinar o conteúdo, sentido e alcance dos elementos objetivos, subjetivos e normativos do tipo.

7.3 ELEMENTOS OBJETIVOS DA TORTURA

Há, portanto, quatro situações distintas, que contêm elementos objetivos, subjetivos e normativos distintos. Alguns poderão ser comuns a mais de um modo de realização do tipo penal (violência, ou a grave ameaça, de que tenha resultado sofrimento, por exemplo). Violência, grave ameaça e sofrimento, portanto, são elementos objetivos de mais de um modo de praticar tortura. Outros são constranger, submeter, omitir-se (na prevenção, na apuração).

7.3.1 Constranger

A primeira conduta tipificada como tortura pela Lei 9.455/97 vem descrita no inciso I do art. 1º, nos seguintes termos:

> I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico e mental:
> a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;
> b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;
> c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

Tradicionalmente, analisam-se os tipos penais a partir da compreensão do verbo, que revela a ação, núcleo da conduta. Damásio de Jesus explica que

> A fórmula do tipo é composta de um verbo que expressa a conduta. Trata-se, em geral, de um verbo transitivo com o seu objeto: “matar alguém”, “ofender a integridade corporal de alguém”. [...] Às vezes a figura faz referência ao sujeito ativo, ao sujeito passivo, ao objeto, ao tempo, ao lugar ou à ocasião e aos meios empregados pelo agente.[148]

---

[148] JESUS, Damásio. **Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 1978. 1 v. p. 257.

Os comentadores da Lei 9.455/97 seguiram esse modelo. Flávia Camello Teixeira destaca, como núcleos da conduta, as ações de "constranger, submeter e omitir", ao lado de apresentarem

> [...] o denominador comum de retratarem condutas eminentemente dolosas, isto é, todos são praticados pelo agente com consciência e vontade direcionada ao cometimento da tortura, a primeira diferença que se faz notar é a natureza comissiva dos dois primeiros, em contraposição ao último. [149]

Mauro Faria Lima[150] explica que "Constranger alguém é obrigar alguém, coagir alguém, forçar alguém. Alguém é pessoa humana, ou seja, aquele nascido de mulher".

Valéria Diez Scarance Fernandes Goulart[151] adota a definição contida em dicionário geral, cujo sentido é de coagir, oprimir, violentar, forçar, tolher os movimentos.

Mário Coimbra[152] acrescenta, além de ação de coagir, violentar, de obrigar, fazê-lo "pela força".

Quer parecer, à luz de entendimento manifestado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que tal conduta de coagir, oprimir, violentar, forçar, tem de trazer consigo, ainda, um elemento de injustiça da ação, para diferenciar-se do tipo previsto no art. 345 do Código Penal. Esse órgão judicante, com efeito, decidiu:

> Se o agente utiliza-se de meios injustos para satisfazer pretensão justa, ou que supõe justa, pratica crime de exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do CP) e não o de constrangimento ilegal (art. 146 do CP).[153]

---

[149] TEIXEIRA, Flávia Camello. **Da Tortura.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.p. 109.

[150] LIMA, Mauro Faria. **Crimes de tortura:** comentários à Lei 9.455 de 07 de abril de 1997. Brasília: Brasília Jurídica, 1997. p.29.

[151] DICIONÁRIO Brasileiro Globo. São Paulo: Globo, 1999. Apud GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. **Tortura e Prova no Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 60.

[152] COIMBRA, Mário. **Tratamento do injusto Penal da Tortura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 176.

[153] TRF 1ª R. – RCCR 40000019681 – PI – 4ª T. – Rel. Des. Fed. Carlos Olavo – DJU 18.12.2003 – p. 58.

“Constranger” é núcleo de vários delitos, distintos da tortura[154]. Mesmo quando se exige que o constrangimento se dê mediante violência. Desse rol, apenas, um delito seria excluído – assédio sexual.

Isso deixa claro que é necessário olhar para os demais elementos do tipo – normativos e subjetivos – para ter clareza quanto a seu significado (o que será feito logo adiante).

Ocorrerá tortura, na hipótese do inciso I, do art. 1º, da Lei 9.455/97, quando se coagir, oprimir, violentar, forçar, ou tolher os movimentos de alguém, com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico e mental, com a finalidade de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; ou para provocar ação ou omissão de natureza criminosa; ou ainda, em razão de discriminação racial ou religiosa.

O tipo penal do art. 1º, inc. I é chamado por alguns de “tortura-prova” ou de “tortura-persecutória”:

> [...] comete o crime de tortura-persecutória, o policial civil e/ou particular que constrange indivíduo, mediante violência, causando-lhe sofrimento físico ou mental, com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima; [...].[155]

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro teve oportunidade de examinar caso de tortura, em que confirmou sentença condenatória de 1º Grau. O Acórdão, proferido na Ap. Nº 2004.050.02822, em que figurou como Relatora a Desª. Maria Raimunda T. de Azevedo, traz a seguinte ementa:

> TORTURA E ABUSO DE AUTORIDADE.
> Se a prova colhida é segura das condutas típicas praticadas pelo apelante, nas práticas dos crimes modelados nas normas legais, descritas na sentença, ratifica-se decreto condenatório. A existência de lesões corporais atestadas no laudo pericial, a natureza e sede das lesões além da informação médica e a versão da vítima, nos diversos momentos antes

[154] Delitos capitulados nos artigos 146 (constrangimento ilegal), 158 (extorsão), 197 (Atentado contra a liberdade de trabalho), 198 (Atentado contra a liberdade de contrato de trabalho e boicotagem violenta), 199 (Atentado contra a liberdade de associação), 213 (Estupro), 214 (Atentado violento ao pudor) e 216-A (Assédio Sexual).
[155] TJAP – ACr 1.767/03 – Rel Des. Raimundo Vales – J. 21.06.2004.

> mesmo da fase judicial, provam a dinâmica dos fatos, meio e modo de execução, assim como provam o motivo da agressão, tornado desinfluente a retratação em juízo, quiçá por temor a represália.

No corpo do Voto, há informações sobre como os fatos se desenvolveram, que conseguem ilustrar como a conduta se deu, e por que seu enquadramento foi nas penas do delito de tortura:

> O acusado-vítima foi preso, levado à Delegacia de Polícia sem ter havido prisão em flagrante delito, ou ter sido decretada sua prisão preventiva, por mera desconfiança de ser o autor de um furto na comarca.
> Em se tratando de crime de tortura, recebeu tratamento rigoroso à luz do que se insculpe na Lei 9455/97.
> Improvimento de recurso.
> A hipótese em apreciação versa sobre crimes de tortura e abuso de autoridade, praticados por policial civil que juntamente com outro policial não identificado, deteve Regimar Coelho Pinheiro, embora inexistente flagrante delito ou ordem de prisão preventiva, por suspeita de prática de um furto na Comarca. O detido foi levado em viatura policial, à unidade de polícia, mantido ilegalmente, num corredor de acesso à carceragem, onde foi pressionado para confessar a autoria do crime, vindo a seguir se ser conduzido a uma sala onde sofreu atos de violência física que resultaram nas lesões corporais provadas nos autos, inclusive em perícia. A prova colhida nos autos como se disse, demonstra a existência de lesões corporais da mesma forma que demonstra nos fatos ocorridos no trajeto da viatura policial, bem assim, nas dependências da Delegacia de Polícia, em que o acusado-vítima detido por suposta prática de furto, fora detido pelo policial no exercício da função em atividade investigatória, da prática delituosa, daí o adequado enquadramento nos tipos legais descritos na lei de tortura e na de abuso de autoridade.
> Encontram-se provadas materialidade por força do laudo de fls. 36/37 e 238, bem assim a informação médica de fls. 101, além do nexo de causalidade entre a conduta típica do agente e as lesões sofridas pelo delito.
> Em sede policial, na presença de Advogado, a vítima descreveu minuciosamente as circunstâncias que resultaram de sua condução à Delegacia Policial, os motivos que ensejaram a mesma prisão.
> Renovou seu depoimento em fase posterior com detalhes de todos os atos praticados dos quais foi vítima, ao ser ouvida pelo Promotor de Justiça, relatou as partes do corpo nas quais sofreu lesões, entre as quais soco no abdômen e nas costas, puxões nos cabelos e pancadas com a cabeça na parede, a ponto de perder os sentidos e desmaiar.
> Os relatos foram coerentes e firmes, além do que em harmonia com a natureza e sede das lesões descritas no laudo.
> A retratação feita em juízo às fls. 114/115 é desinfluente, justificada possivelmente, por temor a represálias por parte do acusado, assim como desimportante é o desmentido da testemunha [...].

Os fatos encontrados, neste caso constituem um dos paradigmas de casos de prática de tortura, identificados pelo SOS Tortura da Secretaria Especial de Direitos Humanos e do Movimento Nacional de Direitos Humanos, e, ainda, pelo Relator Especial contra a Tortura, das Nações Unidas: um suspeito de prática de delito contra o patrimônio é preso por policiais (civis), sem flagrante delito e sem ordem

judicial. É conduzido à delegacia, onde é detido e submetido a interrogatório, mediante coação e pressão ilegítimas, com uso de violência, para confessar. A violência também se desenvolve no trajeto. Os meios utilizados não são sofisticados, mas absolutamente simples e brutos, capazes de deixar vestígios das lesões corporais. Serão evidenciadas, se houver investigação, como a que houve, no caso supra relatado.

Finalmente, é importante registrar que, embora tenham as agressões sido praticadas sobre pessoa já detida – embora ilegalmente – e mantida em delegacia de polícia (portanto, sob custódia da autoridade policial), na discussão do caso, não houve nenhum comentário sobre incidir o tipo previsto no § 1º, do art. 1º, da Lei 9.455/97 ("Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa [...] a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal").

Em um outro julgado, agora examinando *habeas corpus*, impetrado com o intuito de trancar ação penal, em que se atribuía a policiais militares a prática de tortura, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro decidiu:

> Segundo a denúncia, o paciente (polícia militar) e seu co-réu Fábio torturavam com agressões físicas e ameaças, quatro vítimas, a fim de que estas confessassem o consumo pretérito de drogas. O paciente bateu com a arma de fogo no peito de uma das vítimas tendo esta disparado, causando-lhe a morte. Tortura que visava 'achacar' dinheiro das vítimas.[156]

No voto, há descrição dos fatos dos autos e da conduta atribuível aos réus:

> Narra a denúncia juntada por cópia às fls. 30/31, que em 10/05/2004, durante as comemorações pela emancipação do Município de Silva Jardim, o paciente (policial militar) e o co-réu Fábio Ribeiro torturavam Paulo César Tavares da Silva com agressões físicas e ameaças a fim de que as vítimas confessassem o consumo pretérito de drogas. Numa das ameaças o paciente bateu com uma arma de fogo no peito de Willis Francisco e esta disparou causando-lhe a morte. O crime foi praticado por motivo torpe, pois com a confissão o paciente e seu co-réu pretendiam achacar dinheiro das vítimas.
> O proceder imputado ao paciente é grave, sendo a prisão cautelar perfeitamente legal, até porque a prática de tortura por um policial mostra-se intolerável, ainda mais que ocorreu a morte de um jovem.[157]

[156] HC Nº 04322-04 14/09/2004 Relatora: Des. Gizelda Leitão Teixeira.

[157] HC Nº 04322-04 14/09/2004 Relatora: Des. Gizelda Leitão Teixeira

O caso aponta circunstância de policial militar, e particular (em auxílio àquele), praticou, fora do serviço, o delito de tortura, não objetivando obter confissão, para instruir processo criminal – já que sua não era a atribuição de polícia judiciária, mas para extorquir dinheiro da vítima. Circunstância, como tal, já tinha sido identificada por Nigel Rodley, em seu Relatório.

7.3.2 Submeter

Nos termos do inciso II, do art. 1º, da Lei 9.455/97, também constitui tortura "submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo".

Enquanto constranger, mediante violência, é elemento objetivo de vários tipos penais, submeter, mediante violência, é elemento objetivo presente unicamente no delito de tortura, embora ainda seja insuficiente para sua caracterização.

Para José Geraldo da Silva[158], submeter significa "subjugar ou sujeitar alguém", compreensão compartilhada por Mário Coimbra[159] e Mauro Faria Lima[160]. Valdir Sznick[161] agrega a esses significados os de obrigar, impor, render".
O Dicionário Aurélio Eletrônico, no verbete "submeter", indica que o mesmo vem do latim *submittere*, podendo ser verbo transitivo direto, cujo primeiro significado é "reduzir à obediência, à dependência; sujeitar, subjugar". Um segundo significado, para essa forma verbal, é "dominar, vencer".

---

[158] SILVA, José Geraldo da. **A lei de tortura interpretada:** comentários à Lei nº 9.455/97 de 07 de abril de 1997. Leme (SP): Editora de Direito, 1997. p. 31.
[159] COIMBRA, Mário. **Tratamento do injusto Penal da Tortura**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 188.
[160] LIMA, Mauro Faria. **Crimes de Tortura:** Comentários à Lei 9.455 de 07 de abril de 1997. Brasília: Brasília Jurídica, 1997. p. 39.
[161] SZNICK, Valdir. **Tortura.** São Paulo: LEUD, 1998. p. 192.

Como verbo transitivo direto e indireto, assume o sentido de “tornar objeto de; subordinar”.

Finalmente, como verbo pronominal, submeter significa “sujeitar-se, entregar-se, render-se”, ou ainda “obedecer às ordens e vontade de outrem”.

A hipótese do inciso II ocorrerá quando se reduz alguém à obediência ou à dependência; sujeita-se ou subjuga-se alguém; domina-se ou vence-se alguém; se subordina alguém; se faz alguém sujeitar-se, entregar-se, ou render-se; ou faz alguém obedecer às suas ordens e vontade; isso com o emprego de violência sobre quem esteja sob sua guarda, poder ou autoridade, causando intenso sofrimento físico ou mental, com o propósito de castigar ou prevenir.

Ao lado da conduta de submeter alguém, integra o tipo o fato de sua prática se dar com o uso de violência, capaz de causar sofrimento físico ou mental, com um propósito - castigar ou prevenir. Ainda, quando a vítima do delito for alguém sob sua guarda, poder ou autoridade do agressor.

Adiante serão examinados esses outros elementos normativos do tipo. Vale à pena, entretanto, destacar aspectos comuns e aspectos diferenciadores entre as condutas que envolvem as ações de constranger alguém e submeter alguém, previstas nos incisos I e I, do art. 1º, da Lei 9.455/97.
Em ambas as situações, desaparece a livre manifestação da vontade. Em ambas as situações, a vontade de quem está constrangido ou é submetido a alguma coisa é substituída pela de quem submete ou constrange.

Entretanto, quando se submete alguém, com emprego de violência, a intenso sofrimento físico, o objetivo sendo castigar ou prevenir, o que se pretende é uma não-ação da pessoa. Ou por outra, uma mudança de comportamento para o futuro. Com aquela punição exemplar, busca-se um castigo ou uma forma de prevenção geral de condutas contrárias à vontade do agressor, à vontade de quem submete alguém a sofrimento intenso.

Por outro lado, e contrariamente a isto, ao se constranger alguém, ao se coagir ou obrigar alguém, pretende-se que a vítima diga ou faça algo: forneça informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; realize ação ou omissão de natureza criminosa.

Nas alíneas do inciso I, do artigo 1º, da Lei 9.455/97, apenas uma – a "c" – se distancia desse modelo, ao prever uma motivação especial, invés de uma finalidade para a ação. Na hipótese da alínea "c", do inciso I, a tortura se materializa em razão de um especial fim para a ação: a discriminação racial ou religiosa.

Talvez tenha sido apenas má técnica legislativa, desde que é possível, no plano dos fatos, que muitas das práticas de submissão e sujeição de alguém sob guarda, poder ou autoridade, dê-se por discriminação racial ou religiosa. Flávia Camello Teixeira veicula crítica de Miguel Reale Júnior àquele dispositivo, nos seguintes termos:

> Na alínea *c*, o texto é incompreensível, pois se diz que é crime de tortura constranger alguém, por violência ou grave ameaça, impondo-lhe sofrimento em razão de discriminação racial ou religiosa. Altera-se, todavia, o significado da dicção constranger. Ao não se fixar a que é a vítima constrangida em razão de discriminação racial ou religiosa, o verbo 'constranger' tem obrigatoriamente seu sentido alterado, não correspondendo mais a compelir ou coagir a algo. Só há sentido se o verbo constranger for entendido como 'tolher a liberdade de'.[162]

O tipo previsto no art. 1º, inc. II, da Lei 9.455/97 tem forte interface com o tipo de maus tratos, capitulado no art. 136, do Código Penal:

> Art. 136. Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para 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:

Os tribunais têm se deparado com a análise desse conflito aparente de normas, especialmente, em circunstâncias envolvendo severos tratamentos ou penas degradantes ou cruéis, aplicados sobre crianças e adolescentes, por seus pais ou responsáveis.

---

[162] TEIXEIRA, Flávia Camello. **Da Tortura**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 111.

No exame do Recurso Especial Nº 610.395[163] – SC (2003/0175343-3), em que foi relator o Ministro Gilson Dipp, o STJ teve oportunidade de abordar as semelhanças e diferenças entre os dois tipos.

No caso em apreciação, ao réu se atribuía a responsabilidade pela tortura e morte de uma criança de 04 (quatro) anos, que vivia sob sua guarda e de sua companheira. Entendeu necessário o Tribunal estabelecer a diferença entre os crimes de tortura e maus-tratos. E identificou, entre o que chamou de "algumas diferenças estruturais", a maior delas sendo a distinção de dolo específico de cada conduta.

> A figura do inc. II do art. 1º, da Lei nº. 9.455/97 implica na existência de um dolo orientado para a causação de intenso sofrimento físico ou moral, com o fim de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Ou seja, o objetivo da conduta daquele que detém a guarda, o poder ou a autoridade sobre a vítima é, justamente, de forma livre e consciente, causar sofrimento de ordem física ou moral, como forma de castigo ou prevenção.
> Já o tipo do art. 136 do Código Penal – mais abrangente do que o anterior – se aperfeiçoa com a simples exposição a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, em razão de excesso nos meios de correção ou disciplina.
> Enquanto na hipótese de maus-tratos, a finalidade da conduta é a repreensão de uma indisciplina, na tortura o propósito é causar o padecimento da vítima.
> Indispensável, pois, para configuração da segunda figura do crime de tortura, a prova cabal da intenção deliberada de causar o sofrimento físico ou moral, desvinculada do objetivo de educação.

A decisão merece alguns comentários. Segundo a decisão, "Enquanto na hipótese de maus-tratos, a finalidade da conduta é a repreensão de uma indisciplina, na tortura, o propósito é causar o padecimento da vítima". Em verdade, na tortura, o padecimento se dá "como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo". E nos maus tratos, "abusando de meios de correção ou disciplina". No mundo dos fatos, a motivação para o castigo pode encontrar explicação no fato de ser infligido como meio de correção e disciplina. Nisso se equipararíam os dois tipos penais.

O que não conseguiu o Tribunal perceber é que o grau de severidade no castigo ou do "abuso" dos meios de correção, também devem ser mensurados.

---

[163] Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 31 maio 2005.

Desse equívoco também padece pronunciamento do eg. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao julgar a Apelação Criminal Nº 2004.050.00929 (2ª Vara de Angra dos Reis, julgamento em 29/06/2004), em que foi Relator o Des. Moacir Pessoa de Araújo.

Nesse caso, houve sentença condenatória, imputando ao acusado a prática do delito de tortura. Em grau de apelo, houve desclassificação para o delito de maus tratos, ao argumento de que "o agente, ao aplicar o castigo pessoal na vítima, não pretendeu torturá-la, mas sim almejou corrigi-la, educá-la, embora tenha empregado meio violento e, até mesmo, cruel e desumano". Do corpo do voto, lê-se:

> A vítima Paulo Alves de Andrade declarou que seu tio, o acusado José Carlos, ficou muito aborrecido pelo fato saber que ele havia furtado três relógios de seu compadre, tendo, por tal motivo, acendido o fogão de sua casa e posto suas mãos sobre o fogo, tão somente para assustá-lo, sendo que gritou muito por achar que o apelante efetivamente iria por as suas mãos no fogo. Informou que, por ter ficado nervoso, puxou as mãos para baixo, batendo com as mesmas na chapa do fogão. Afirmou que sua tia, Elisangela, ao se deparar com a situação, empurrou o apelante, que ainda segurava suas mãos sobre o fogo. Revelou que gritou porque sentiu dor e porque o apelante segurava suas mãos perto do fogo, sendo que as peles de suas mãos iam se soltando. Disse que o apelante afirmou que se comportou daquela forma para que ele apreendesse a não furtar mais nada de ninguém. Asseverou que não apresenta seqüelas nas mãos e que não tem medo de seu tio, o apelante, de quem sente falta.
> A materialidade está demonstrada pelo laudo médico de fls. 43, que comprova que a vítima Paulo realmente sofreu ofensa em sua integridade física, consistente em queimaduras nas mãos, provocadas pela ação térmica de fogo.
> O laudo de fls. 63 esclarece que as lesões não acarretaram para a vítima incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias, como também não provocaram perigo de vida para a mesma.
> É certo que a Lei nº 9455/97 dispõe, em seu artigo 1º, inciso II, que constitui crime de tortura a submissão de alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico, como forma de lhe aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.
> Parecem estar presentes na conduta do apelante José Carlos todos os elementos tipificadores do crime de tortura. Assim é porque o recorrente tinha a vítima Paulo sob a sua guarda e autoridade, tendo provocado no mesmo intenso sofrimento físico, resultante da queimadura das mãos, mediante o emprego de violência, representada pela colocação das mãos daquela nas chamas do fogo do fogão, como forma de lhe aplicar castigo pessoal, em razão de Paulo ter subtraído relógios de propriedade de Benedito, compadre de José Carlos.
> Ocorre que, no crime de tortura, a conduta íntima do agente é, antes de tudo, impulsionada pela vontade de fazer a vítima sofrer, passar por suplício, ainda que o título de aplicação de castigo pessoal. Vê-se, assim, que o agente, ao aplicar o castigo, não pretende educar, disciplinar ou corrigir a vítima, mas sim que ela passe por sofrimento físico, experimente suplício ou tormento.

> No delito de maus tratos, definido no artigo 136 da Lei Penal, o agente, expondo a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua guarda ou vigilância, para fins de educação e custódia, abusa dos meios de correção e disciplina. Não há qualquer dúvida de que o recorrente, ao aplicar o castigo pessoal na vítima, almejou corrigi-la, educá-la, embora tenha empregado meio violento e, até mesmo, cruel e desumano.

O acórdão reconhece que a vítima "sofreu ofensa em sua integridade física, consistente em queimaduras nas mãos, provocadas pela ação térmica de fogo", e que a vítima "gritou porque sentiu dor e porque o apelante segurava suas mãos perto do fogo, sendo que as peles de suas mãos iam se soltando". O acórdão também reconhece que a motivação para a conduta do réu fora "para que ele [vítima] apreendesse a não furtar mais nada de ninguém".

E o acórdão, finalmente, entendeu que "Não há qualquer dúvida de que o recorrente, ao aplicar o castigo pessoal na vítima, almejou corrigi-la, educá-la, embora tenha empregado meio violento e, até mesmo, cruel e desumano". Ora, o acórdão só pretendeu distinguir o delito de tortura daquele de maus tratos do art. 136, quanto aos motivos, mas não quanto à severidade dos maus tratos.

As duas coisas andam juntas. Como dito, o "castigo" é visto por muitos como "meio de correção ou disciplina", para invocar as expressões do art. 136, do Código Penal, ou seja, ao castigar, pretende-se corrigir ou disciplinar alguém. É que normalmente se castiga alguém por algo. Traz embutido, o castigo, a idéia de "prevenção" de novas infrações. Nisso repousa a compreensão de que o castigo "educa", "disciplina" ou "corrige".

O castigo teria essa dupla função: punir o indivíduo infrator, e agir como fator de prevenção geral. A compreensão de Bentham acerca do papel da prevenção geral é esclarecedora. A prevenção geral é efetivada, a partir do anúncio da punição, e sua aplicação, que "serve como um exemplo". E continua: "a punição sofrida pelo agressor mostra a todos um exemplo do que cada um sofrerá se cometer o mesmo delito"[164].

---

[164] No original: General prevention is effected by the denunciation of punishment, and by its application, which, according to the common expression, *serves for an example*. The punishment suffered by the offender presents to every one an example of what he himself will have to suffer if he is guilty of the same offense.

7.3.3 Violência(s)

A violência é elemento objetivo dos tipos de tortura, previstos nos incisos I e II, do art. 1º, da Lei 9.455/97. Não é elemento do tipo previsto nos §§ 1º e 2º, desse dispositivo legal.

A violência "é uma forma de comportamento evitável – físico, verbal ou ambos – que machuca e provoca danos" [165]. A violência é um fenômeno multidimensional, que apresenta formas visíveis e invisíveis. Nem todas passíveis de serem inseridas na conceituação normativo-penal, mas todas necessárias para a adequada compreensão do fenômeno, e análise dele pelas ciências criminais.

A violência é identificada como antônimo da paz e revela a presença de fenômenos de desintegração social. A superação da violência e a busca da paz, muitas vezes, tornam-se possíveis pela ação de identificação e resolução dos tipos de violência que as afetam.

Não se deve perder de vista que a tortura é prática violenta, quase sempre, utilizada sob a justificativa de ser o meio eficaz para combater a violência da criminalidade contemporânea. Daí que identificar as várias violências, e como elas interagem, pode contribuir para compreensão da violência na tortura e para a tortura.

7.3.3.1 Violência estrutural

Segundo Galtung,

> Violência estrutural freqüentemente pode ser bem mais difícil de reconhecer e compreender. Esta é a violência construída dentro dos próprios sistemas sociais, políticos e econômicos que governam as sociedades, os Estados e

[165] GALTUNG, Johan; JACOBSEN, Carl G; BRAND-JACOBSEN, Kai Frithjof. **Searching for peace:** the road to transcend. 2 ed. London: Pluto, 2002. p. 4. No original: "Violence is a form of avoidable behavior – physical, verbal or both – which hurts/ harms".

> o mundo. É a diferente alocação de bens, recursos, oportunidades, entre diferentes grupos, classes, gêneros, nacionalidades, etc., em razão da estrutura que governa suas relações. [...] sua relação com a violência direta é semelhante aos nove décimos de um iceberg, escondidos da superfície, enquanto apenas sua ponta aparece sobre a linha d'água [166].

É dessa violência estrutural que decorre, no processo de globalização, o aumento da exclusão social e, com este, o aumento da criminalidade. As respostas sociais, muitas vezes, não são no sentido de construir redes de proteção social, mas de reforçar a repressão policial, conduzindo ao uso do sistema de justiça e segurança como o mecanismo de controle das "classes perigosas"[167], produzindo ou fortalecendo a violência institucional:

> No seio dessa sociedade tão civilizada existem verdadeiras variedades, (...) [sic] que não possuem nem a inteligência do dever, nem o sentimento da moralidade dos atos, e cujo espírito não é suscetível de ser esclarecido ou mesmo consolado por qualquer idéia de ordem religiosa. Qualquer uma dessas variedades foram designadas sob o justo título de classes perigosas, constituindo para a sociedade um estado de perigo permanente. [168] (grifo do autor).

---

[166] GALTUNG, Johan; JACOBSEN, Carl G; BRAND-JACOBSEN, Kai Frithjof. **Searching for peace:** the road to transcend. 2 ed. London: Pluto, 2002. p. 17. No original: "Structural violence can often be far more difficult to recognize and understand. This is the violence built into the very social, political and economic systems that govern the societies, states and the world. It is the different allocation of goods, resources, opportunities, between different groups, classes, genders, nationalities, etc., because of the structure governing their relationship […] its relationship to direct violence is similar to that of the bottom nine-tenths of an iceberg, hidden from view, while only the tip juts out above the waterline."

[167] PINHEIRO, Paulo Sérgio; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Violência Urbana**. São Paulo: Publifolha, 2003. p. 49.

[168] MOREL, B. A., **Tratado das Degenerescências**. Apud LOBO, L. F. **Os infames da História***:* a instituição das deficiências no Brasil. RJ. Tese de Doutorado. PUC. 1998. 2 v. *In* COIMBRA, Cecília Maria Bouças (Org.). **Psicologia, Direitos Humanos e Sofrimento Mental.** São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000. p. 55.

7.3.3.2 Violência institucional

A Violência institucional ou estatal

> [...] é o tipo exercido pelas instituições legitimadas para o uso da força quando, na prática de suas prerrogativas, impedem a realização das potencialidades individuais. Como afirma Galtung (1995), esta se diferencia da violência estrutural pelo seu menor grau de abstração e nesse sentido pela possibilidade de ser atribuída a alguma instituição em particular. A priorização e o crescimento das tecnologias de destruição, assim como os processos armamentistas, fazem parte desse tipo de violência.[169]

A violência institucional é produzida por ação ou omissão do aparelho do Estado, cujo efeito é reduzir, eliminar, impedir ou prejudicar o exercício e o gozo de direitos fundamentais. Pode resultar de ação ou omissão deliberadamente concebidas para aquele fim, como pode decorrer de déficit informativo acerca dos impactos negativos da não-previsão de todas as conseqüências ou da não adoção de medidas mitigadoras daqueles impactos.

As situações de violência institucional mais relacionadas com ocorrências de práticas de tortura, diretamente, ou como agravamento de situações de aplicação de penas ou tratamento degradantes, desumanos ou cruéis, dão-se em decorrência de superpopulação carcerária*;* manutenção de presos em delegacias*;* realização de revistas íntimas degradantes, humilhantes, vexatórias e invasivas da intimidade e privacidade das pessoas; prestação de assistência médica inadequada*;* fornecimento de alimentação inadequada*;* prestação de assistência jurídica inadequada. Isoladamente ou tomadas em conjunto, essas situações, que constituem violência institucional*,* podem resultar em tortura*.*

---

[169] CENTRO INTERNACIONAL DE INVESTIGAÇÃO E INFORMAÇÃO PARA A PAZ. **O Estado da Paz e a Evolução da Violência:** a situação da América Latina. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2002.

7.3.3.2.1 Superpopulação carcerária

Os governos têm estatísticas criminais e de mandados e sentenças judiciais, determinando a custódia de pessoas. É previsível, portanto, identificar o aumento da população carcerária e as necessidades do sistema, para cada ano que passa.

Não obstante, o número de pessoas presas é com freqüência superior à capacidade dos estabelecimentos prisionais, produzindo o fenômeno da superpopulação carcerária e as conseqüências daí decorrentes. Perda de privacidade, restrição à higiene, restrição ou eliminação das condições mínimas de habitabilidade, produção de ambiente sujeito à promiscuidade com exacerbação dos conflitos interpessoais, são algumas das conseqüências diretas e previsíveis.

A violência é institucional não apenas porque é um juiz que determina as prisões, mas igualmente porque é o Estado que as administra e mantém.

A inadequação – ou impropriedade – do estabelecimento prisional ou as péssimas condições prisionais, não têm servido de argumento eficaz para alteração do regime prisional ou do modo de execução da pena, como demonstram os arestos adiante transcritos: [170]

---

[170] O STJ vacila na análise do tema. Pareceu andar melhor, anteriormente: "a falta de vagas em estabelecimento adequado para o cumprimento da pena imposta em regime semi-aberto não justifica a permanência do condenado em condições prisionais mais severas. Recurso provido para determinar a imediata transferência do paciente para o estabelecimento adequado ao regime semi-aberto ou, persistindo a falta de vagas, assegurar-lhe, em caráter excepcional, o cumprimento da pena em regime aberto, sob as cautelas do Juízo das Execuções, até que surja vaga no estabelecimento prisional adequado. (STJ – RHC 15136 – MG – 5ª T. – Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca – DJU 02.02.2004 – p. 00338). Idem: CUMPRIMENTO DA PENA EM CONJUNTO COM PRESOS PROVISÓRIOS, NAS DEPENDÊNCIAS DE DELEGACIA POLICIAL – FALTA DE VAGA NA CASA DE ALBERGADO – Configura manifesto constrangimento ilegal submeter o paciente a regime mais rigoroso do que o estabelecido na condenação. Precedentes do STJ. Ordem concedida para que o paciente cumpra sua pena em prisão domiciliar, até que surja vaga em estabelecimento apropriado ao regime aberto. (STJ – RHC 14193 – MG – 6ª T. – Rel. Min. Paulo Medina – DJU 17.11.2003 – p. 00380). Mas retrocede.

> EXECUÇÃO PENAL – ROUBO QUALIFICADO – RÉU CONDENADO AO CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME SEMI-ABERTO – PROGRESSÃO CONCEDIDA PARA O REGIME ABERTO – INEXISTÊNCIA DE VAGA EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO – CUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES NECESSÁRIAS DO REGIME MAIS BENÉFICO – Não configura constrangimento ilegal a manutenção do paciente em Delegacia de Polícia, quando, mesmo em estabelecimento impróprio, restam observadas as condições impostas ao regime aberto, até que surja vaga em instituto adequado. - Precedente. - Recurso desprovido.[171]
>
> Habeas corpus liberatório em favor de paciente condenado pela prática de roubo duplamente qualificado. Alegação de que o presídio em que se encontra o paciente não está em condições condizentes com as prescrições constitucionais e legais, tendo em vista a situação de superlotação, ociosidade, insegurança, condições precárias de higiene e de saúde, dentre outras. Pedido de relaxamento da sua prisão, com a conseqüente expedição de alvará de soltura ou, alternativamente, a concessão de regime domiciliar ou, ainda, o encaminhamento do paciente a outro estabelecimento prisional. Alegação que não diz respeito à ilegalidade estrito senso da prisão ou abuso de autoridade praticado pelas autoridades apontadas como coatoras. As condições precaríssimas das unidades prisionais exigem decisões políticas, que refogem ao âmbito do Poder Judiciário. Mudança de regime prisional. A análise dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos para a mudança de regime prisional é reservada pela lei ao juiz encarregado da execução penal. Impossível analisar o cabimento dos benefícios através da via estreita do habeas corpus. Ordem denegada. Decisão unânime[172].
>
> O fato de a cadeia pública em que o réu se encontra segregado estar superlotada não é motivo hábil para que se lhe conceda a liberdade provisória (Precedentes do STJ).[173]

Segundo dados do Departamento Penitenciário/ Ministério de Justiça – DEPEN/MJ – , válidos para dezembro de 2003, havia 179.489 presos no sistema penitenciário e 68.101 na segurança pública (leia-se, em delegacias de polícia e distritos policiais). À época, o déficit no sistema era de 60.714 vagas.[174]

O Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN – órgão da Secretaria de Justiça, do Ministério da Justiça, não mantém mais dados atualizados sobre o sistema, pois, embora lançado o INFOPEN – Informações sobre o Sistema Penitenciário – o banco de dados ainda não foi implantado.

---

[171] STJ – RHC 12495 – MG – 5ª T. – Rel. Min. Jorge Scartezzini – DJU 24.05.2004 – p. 00285.

[172] TJPE – HC 110720-2 – Rel. Des. Og Fernandes – DJPE 19.08.2004.

[173] (TAPR – HC 0285255-3 – (233626) – São José dos Pinhais – 3ª C.Crim. – Rel. Des. Rogério Kanayama – DJPR 01.04.2005).

[174] Disponível em: <http://www.mj.gov.br/depen/sistema_brasil.htm>. Acesso em: 02 mai. 2004.

Entretanto, trabalho disponível no site do DEPEN, intitulado Sistema Penitenciário – Diagnóstico e Propostas traz novos dados, tidos como atualizados até Junho de 2004[175]. Segundo informes obtidos juntos aos Estados e Distrito Federal, o sistema penitenciário, como conjunto, apresenta um total de 328.776 presos e internados, sendo 134.266 no regime fechado, 32.508 no regime semi-aberto, 78.523 na condição de presos provisórios e 3.827 cumprindo medida de segurança.

Do total mencionado, 249.124 estão no sistema penitenciário e 79.652 estão em delegacias e distritos policiais, sob a autoridade dos órgãos de segurança pública, ou seja, 24,22% dos presos no Brasil estão em delegacias de polícia e distritos policiais. Em números redondos, 1 para cada 4 presos.

O crescimento vegetativo da população carcerária também se revela preocupante. Ainda segundo os dados do estudo do DEPEN,

> a média mensal de inclusões e liberações, no 2º semestre de 2003, revela com clareza: enquanto 9.391 eram incluídos por mês no sistema, apenas 5.897 eram liberados. Isso significa um saldo de 3.494 presos a mais por mês ou de 41.928 presos a mais por ano, que se somam ao efetivo já acumulado nos estabelecimentos penais do país. E desde que esses números revelem alguma constância, verifica-se, ainda, que para um futuro não muito distante, caso não haja vontade e mudança de postura, o Sistema Penitenciário no Brasil suportará um total de 476.000 presos e internados em dezembro de 2007.

Por outro lado, o Judiciário tem considerado que não pode intervir nos aspectos da "oportunidade" e "conveniência" da manutenção do sistema prisional em condições de superpopulação. Decidindo ação civil pública, intentada pelo Ministério Público, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu:

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA – SUPERPOPULAÇÃO CARCERÁRIA – Convivência em cadeia pública de presos provisórios com os definitivamente julgados. Ação visando a manutenção de, no máximo, quarenta e oito internos, dês que não se trate de condenado definitivo e a remoção dos demais. Ato administrativo que necessita de exame de conveniência e oportunidade pelo Poder Executivo. Impossibilidade de invasão de tal esfera pelo Poder Judiciário. Recurso provido[176].

---

[175] BRASIL. Ministério de Justiça. **Sistema Penitenciário:** diagnóstico e propostas. Disponível: <http://www.mj.gov.br/Depen/pdf/diagnostico_depen.pdf>. Acesso em 30 ago. 2005.

[176] TJSP – AC 122.758-5 – 2ª CDPúb. – Rel. Des. Alves Bevilacqua – J. 29.6.2000.

O insuficiente número de estabelecimentos prisionais, a ausência ou inadequação destes para abrigar presos provisórios, bem como a de prisões em regime aberto ou semi-aberto, produz uma outra forma de violação: as prisões-delegacias e o cumprimento de penas em cadeias públicas[177].

7.3.3.2.2 Prisões em delegacias

As delegacias são unidades administrativas das polícias investigativas, estadual ou federal. Sediam os gabinetes de trabalho de delegados, detetives, agentes, escrivães etc. Costumam ter celas ou xadrezes, como são chamados, para manutenção das pessoas detidas ou presas em virtude de flagrante delito ou em cumprimento a mandado de prisão, durante o prazo necessário à realização dos registros essenciais aos atos respectivos. As delegacias são espaços onde as pessoas não podem permanecer detidas ou presas por tempo superior a 24 horas.

Os xadrezes das delegacias não integram o sistema prisional, mas a estrutura das delegacias de polícia, e estas, no âmbito dos estados, as secretarias de segurança pública.

---

[177] Alegando o caráter "excepcional", tem o próprio Supremo Tribunal Federal admitido agressão às regras da execução penal, até mesmo quando em jogo direitos e interesses de menores. "HABEAS CORPUS – ADOLESCENTE – ATO INFRACIONAL COMETIDO MEDIANTE VIOLÊNCIA A PESSOA – HOMICÍDIO QUALIFICADO POR MOTIVO TORPE (CP, ART. 121, § 2º, I) – MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE INTERNAÇÃO IMPOSTA A ADOLESCENTE COM QUASE 17 ANOS DE IDADE (ECA, ART. 122, I) – POSSIBILIDADE DE A INTERNAÇÃO, EM TAL HIPÓTESE, ESTENDER-SE ATÉ APÓS A MAIORIDADE PENAL (ECA, ART. 121, § 5º) – AUSÊNCIA, NA COMARCA, DE ESTABELECIMENTO PRÓPRIO PARA ADOLESCENTES – CUSTÓDIA PROVISÓRIA EM CADEIA PÚBLICA, MOTIVADA POR RAZÕES EXCEPCIONAIS DE CARÁTER MATERIAL – ADMISSIBILIDADE EXTRAORDINÁRIA DE TAL RECOLHIMENTO, DESDE QUE EFETUADO EM LOCAL COMPLETAMENTE SEPARADO DOS PRESOS ADULTOS – LAUDO DE AVALIAÇÃO PSICOSSOCIAL INTEIRAMENTE DESFAVORÁVEL AO PACIENTE – PEDIDO INDEFERIDO – A medida sócio-educativa de internação, aplicável a adolescentes que hajam cometido ato infracional mediante grave ameaça ou violência a pessoa (ECA, art. 122, I), deve ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, com observância das determinações constantes do art. 123 da Lei nº 8.069/90, não podendo superar, em qualquer hipótese, o período de três (3) anos (ECA, art. 121, § 3º). O regime de internação, quando iniciado antes de atingida a maioridade penal, poderá prosseguir, em sua execução, mesmo que o adolescente haja completado dezoito (18) anos de idade, respeitado, no entanto, em tal hipótese, o limite intransponível de três (3) anos (ECA, art. 121, § 3º). – Situações de natureza excepcional, devidamente reconhecidas pela autoridade judiciária competente, podem justificar, sempre em caráter extraordinário, a internação de adolescentes em local diverso daquele a que refere o art. 123 do ECA, desde que esse recolhimento seja efetivado em instalações apropriadas e em seção isolada e distinta daquela reservada aos presos adultos, notadamente nas hipóteses em que a colocação do adolescente em regime de semiliberdade ou de liberdade assistida seja desautorizada por avaliação psicológica que ateste a sua periculosidade social". (STF – HC 81519 – MG – 2ª T. – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 2.5.2003 – p. 48).

Entretanto, é em delegacias de polícia que se encontra um quarto da população carcerária brasileira. Algo em torno de 79.652 presos em delegacias [178].

O fato em si constitui violência institucional, praticada diretamente por agentes do Estado e sancionada pelo Judiciário. Mas há outra agravante: é nas delegacias de polícia que ocorrem cerca de 50% das práticas de tortura alegadas pelas vítimas.

7.3.3.2.3 Revista íntima

Em alguns países, as pessoas presas são autorizadas a receber visitas em salas especiais, nas quais entram em contato com os seus visitantes, e, para retornarem a suas celas, são submetidas a revista. Algumas dessas revistas são realizadas em corpos desnudos (*strip search*) e mesmo com exame de cavidades corporais (*body cavity search*).

No Brasil, a ausência de salas especiais faz com que os visitantes freqüentem os alojamentos ou celas coletivas dos presos. Portanto, os visitantes tornam-se presos com os presos durante seus períodos de visita. Para terem autorizado seu ingresso, os visitantes são submetidos à revista íntima, que implica retirada do vestuário e submissão a exame de cavidades corporais. Esse exame costuma ser realizado indistintamente sobre todos os visitantes (e não só daqueles presos identificados como de maior periculosidade ou potencial ofensivo, ou com ligação concreta com novas práticas delituosas). Atinge homens e mulheres de todas as idades (crianças de colo e idosos).

A revista íntima pressupõe que os familiares do preso têm com este não só vínculo de parentesco, mas também de cumplicidade para a prática delituosa. Todos passam a ser suspeitos. E todos são submetidos à situação constrangedora e vexatória. A humilhação é patente. As condições pouco salubres em que costuma

[178] BRASIL. Ministério de Justiça. **Sistema Penitenciário:** diagnóstico e propostas. Disponível: <http://www.mj.gov.br/Depen/pdf/diagnostico_depen.pdf>. Acesso em 30 ago. 2005.

ser realizada a revista íntima, associada à ausência de pessoal da área de saúde, e de uso de equipamentos que assegurem a incolumidade física, são fatores que agravam o constrangimento, que produz, muitas vezes, angústia e dor moral.

Também aqui a violência institucional resta patenteada.

7.3.3.2.4 Assistência médica, assistência jurídica e alimentação inadequadas

Esses aspectos relevantes do tratamento dispensado às pessoas presas serão tratados oportunamente, quando tratarmos da questão de submeter pessoa presa à medida não prevista em lei.

7.3.3.3 Violência interpessoal (física e psíquica)

A violência interpessoal, seja ela física ou psíquica, é a que chama a atenção dos operadores do direito. Aqui o conceito de violência se aproxima e equivale ao adotado pelo comum do povo: força física ou agressão capaz de produzir danos sobre alguém. Na violência física, o alvo é o corpo. Na psíquica, a mente. O moral e a moral.

Não existe um conceito legal de violência, aplicável a todas as situações. A única norma que traz um conceito de violência é a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, produzida no âmbito da Organização dos Estados Americanos, e devidamente ratificada pelo Brasil, sendo promulgada pelo Decreto nº 1.973, de 1.º de agosto de 1996.

Segundo o artigo 1º dessa Convenção, violência contra a mulher significa *"qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada"* (grifo nosso).

A jurisprudência brasileira não se debruçou sobre o conceito de violência, embora tenha considerado a prática de algumas condutas como atos violentos[179].

A violência é um fenômeno social multidimensional, que exige interferência de vários ramos do conhecimento para sua adequada compreensão. Por isso, a doutrina, necessária para iluminar a compreensão da violência, precisa buscar os sentidos que perpassam o entendimento compartilhado pelos vários saberes. Um desses sentidos é que se trata de uma "intervenção física de um indivíduo ou grupo contra outro indivíduo ou grupo (ou também contra si mesmo)", em que tal intervenção física é voluntária e tem por finalidade destruir, ofender e coagir, ordinariamente produzindo "uma modificação prejudicial do estado físico do indivíduo ou do grupo que é o alvo da ação violenta".[180] No dizer de Paulo Sérgio Pinheiro, é uma "ação intencional que provoca dano".[181]

Liszt considera a violência um ataque à liberdade. Para ele, *violência* é

> [...] o emprego de força física para sobrepujar uma resistência relevante, quer seja esta oposta por um indivíduo, quer por um objeto. A violência é sempre ação violenta sobre a matéria, é sempre meio material, e nunca, considerada em si, ação sobre a vontade ou coação. Sem dúvida, a violência deve ser meio para fim, isto é, deve servir para influenciar o exercício da vontade da pessoa a violentar; mas não deixa por isso de ser a força física brutal. Assim, a violência pode ser aplicada imediatamente contra o corpo da pessoa que se quer violentar (violência à pessoa) e pode dirigir-se ao seu fim mediatamente (violência contra a pessoa). Isto é possível: 1.º pela violência feita a terceiros, por exemplo, ao condutor do cego; 2.º por violência feita a coisas, por exemplo, destruição de um passadiço, de uma carruagem de viagem subtração dos remos de um barco, tirar dos gonzos portas e janelas para obrigar os moradores a largar a casa. A violência é irresistível (art. 52 do Código Penal) quando impossível é opor-lhe resistência. [182]

---

[179] O Supremo considerou situações de violência exercida contra vítimas, e.g., quando atacada e derrubada por um trombadinha que lhe retira a bolsa das mãos (STF – HC 75110 – 2ª T. – Rel. Min. Marco Aurélio – DJU 29.9.2000 – p. 70); viu caracterizar-se a violência real não apenas nas situações em que se verificam lesões corporais, mas sempre que é empregada força física contra a vítima, cerceando-lhe a liberdade de agir, segundo a sua vontade (STF – HC 81848 – PE – 2ª T. – Rel. Min. Maurício Corrêa – DJU 28.6.2002 – p. 142); quando há destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa (STF – HC 77675 – 2ª T. – Rel. Min. Néri da Silveira – DJU 18.08.2000 – p. 82); quando há uso de arma de fogo (STF – HC 71.016 – RJ – 2ª T. – Rel. Min. Néri da Silveira – DJU 13.6.1997); ou disparos de arma de fogo, ferindo a vítima (STF – HC 70.777 – RJ – 2ª T. – Rel. Min. Paulo Brossard – DJU 6.12.1996); até mesmo utilização de arma imprópria ao disparo ou de brinquedo (STF – HC 71.051 – MG – 2ª T. – Rel. Min. Marco Aurélio – DJU 23.9.1994).

[180] BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Pasquino. **Dicionário de Política**. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1986. p. 1291. Verbete "violência".

[181] PINHEIRO, Paulo Sérgio; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Violência Urbana.** São Paulo: Publifolha, 2003. p. 13.

[182] LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal.** Campinas: Russell Editores, 2003. Tomo II. p. 96.

Embora seja disseminada a idéia de que violência é uma força física que produz dano, houve expansão dessa concepção, e hoje é compreensão compartilhada por várias culturas que a violência pode resultar de qualquer ato ou conduta intencionais que produza lesão ou dano e que não seja justificável.

Para o Conselho da Europa, violência

> [...] existe em **qualquer acto ou omissão** que constitua atentado contra a vida, a integridade física ou psíquica ou a liberdade de uma pessoa ou que comprometa gravemente o desenvolvimento da sua personalidade (Conselho da Europa; A violência no seio da família; BMJ, 335. ^{O}-7).[183] (grifo nosso)

O *Cambridge Dictionary of Philosophy*, no verbete "violence", define tal comportamento como

> (1) o uso da força para causar dano físico, morte ou destruição (violência física); (2) a causação de severo dano mental ou emocional, através da humilhação, privação, ou lavagem cerebral, quer se use da violência ou não (violência psicológica).[184]

Essa definição inclui a possibilidade de produzir violência psicológica, sem uso de violência física. Isso faz necessária a reflexão da Psicologia, que colabora para o entendimento do termo ao incluir reflexões sobre o papel da agressividade e a relação de poder envolvida.

"Violência é o emprego desejado da agressividade com fins destrutivos. Esse desejo pode ser voluntário, deliberado, racional e consciente, ou pode ser inconsciente, involuntário e irracional". [185]

É a percepção, na ação de quem violenta, de um desejo de destruição (desejo de morte, ou de fazer sofrer) que confere à ação agressiva seu significado de ação

---

[183] FRANCO, João Melo; MARTINS, Herlander Antunes. **Dicionário de Conceitos e Princípios Jurídicos.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 882. Verbete "violência",

[184] AUDI, Robert. **The Cambridge Dictionary of Philosophy.** 2. ed. Cambridge: Cambridge University, 1999. p. 959. Verbete "violence". No original: *"(1) The use of force to cause physical harm, death, or destruction (physical violence); (2) the causing of severe mental or emotional harm, as through humiliation, deprivation, or brainwashing, whether using force or not (psychological violence)".*

[185] COSTA, Jurandir Freire. **Violência e Psicanálise.** 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1986. p. 30.

violenta. Aqui, no contexto da interação humana, a agressividade é instrumental. Serve ao propósito da destruição. “Se é instintiva, ou se não resulta de um desejo, não é entendida por nenhuma das partes envolvidas como uma ação violenta”.[186]

Há um outro componente no caráter violento do ato. A consciência de que há, nessa conduta, violação ao que é certo. Assim, violência é o “ato contrário à razão, à justiça, ato veemente, resultante do emprego da força para a solução de qualquer conflito humano, seja individual, seja coletivo”.[187]

Jurandir Freire acrescenta, na equação da violência, ao lado do uso de força física, a relação de poder. Ele observa que à palavra violência, associamos de imediato duas idéias:

> Primeiro, a idéia de coerção ou intimidação pela força de alguém em situação de inferioridade física ou constrangimento moral. Violência, aqui, está associada à desigualdade de poder entre os atores do conflito. A segunda idéia complementa a primeira, introduzindo um outro elemento – a referência à lei ou à justiça. Violência, nesse sentido, evoca ruptura de um contrato ou de uma de suas cláusulas, por alguém que os conhece, mas que deliberadamente os infringe, abusando da força que detém.[188]

Cresce a compreensão de que a violência, além de ser ato intencional produtor de dano, é também evitável. No dizer de Galtung, “violência é uma forma de comportamento – físico, verbal, ou ambos – evitável, que machuca e lesa”.[189] Isso fez com que Augsburg concluísse, citando Mead, que “uma abordagem violenta para a solução de problemas é um comportamento que se aprende, e que também pode ser desaprendido”.[190]

A Organização Mundial da Saúde, das Nações Unidas, tem desenvolvido estudos sobre a violência, na perspectiva de ser um problema de saúde pública. O conceito com que trabalha é extremamente rico e elucidativo. Violência é o

---

[186] COSTA, Jurandir Freire. **Violência e Psicanálise.** 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1986. p. 30.

[187] PEREIRA, José. **Violência:** uma análise do ”Homo brutalis”. São Paulo: Alfa-Ômega, 1975. p. 26.

[188] COSTA, Jurandir Freire. **Violência e Psicanálise**. 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1986. p. 92.

[189] GALTUNG, Johan; JACOBSEN, Carl G.; BRAND-JACOBSEN, Kai Frithjof. **Searching for peace:** the road to transcend. 2. ed.. Pluto: London, 2002. p. 4. No original: “*Violence is a form of avoidable behavior – physical, verbal or both – which hurts/ harms”.*

[190] AUGSBURGER, David. W. **Conflict Mediation across cultures:** pathways and patterns. Westminster: John Knox, 1992. p. 119.No original: *“a violent approach to solving problems is learned behavior that can be unlearned (Mead 1968, 213)”.* AUGSBURGER, David W. *Conflict Mediation across cultures: pathways and patterns.* Westminster: John Knox. 1992. p. 119.

> [...] uso intencional, efetivo ou potencial, da força física ou do poder, contra si mesmo, contra outra pessoa ou contra um grupo ou uma comunidade, de que resulte – ou tenha elevada possibilidade de resultar – lesão, morte, dano psicológico, mal desenvolvimento ou privação.[191]

Essa definição é extremamente útil à compreensão da prática da tortura, já que o uso da violência está estreitamente relacionada à relação de poder entre perpetrador e vítima. Esta costuma estar inteiramente indefesa, nas mãos do seu algoz, o que torna o agressor o único a decidir a medida e a intensidade da força física ou da pressão psicológica e do poder que exerce sobre corpo e espírito.

Com efeito, sendo pacífica a compreensão da instrumentalidade da violência, e tendo sido visto que o conceito integra tanto a força física quanto o poder (agregando ainda as circunstâncias de uso ser real ou potencial, o que implica a percepção de risco de dano ou perigo) e amplia os efeitos da ação violenta, para incluir não apenas lesão, morte e dano psicológico, como também a possibilidade de mal desenvolvimento e privação, passa a ser melhor compreendido o uso da violência na prática da tortura.

No dizer de Krug,

> [...] a inclusão da palavra "poder", adicionada à frase "uso de força física", amplia a natureza de um ato violento e expande o entendimento convencional de violência para incluir os atos que resultem de uma relação de poder, incluindo ameaças e intimidações.[192]

Essa definição ampla, da Organização Mundial da Saúde – OMS, é compatível com o pensamento do Supremo Tribunal Federal, manifestado em acórdãos variados:

> Caracteriza-se a violência real não apenas nas situações em que se verificam lesões corporais, mas sempre que é empregada força física contra a vítima, cerceando-lhe a liberdade de agir, segundo a sua vontade. [193]

---

[191] WHO GLOBAL CONSULTATION ON VIOLENCE AND HEALTH. **Violence**: a public health priority. Geneva: World Health Organization, 1996. Document WHO/EHA/SPI.POA.2. *In* KRUG, E. G. et al. **World report on violence and health.** Geneva: World Health Organization, 2002. p. 5. No original:" The intentional use of physical force or power, threatened or actual, against oneself, another person, or against a group or community, that either results in or has a high likelihood of resulting in injury, death, psychological harm, maldevelopment or deprivation."

[192] KRUG, E. G. et al. **World report on violence and health.** Geneva: World Health Organization, 2002. p. 5.

[193] STF – HC 81848 – PE – 2ª T. – Rel. Min. Maurício Corrêa – DJU 28.6.2002 – p. 142.

> O conceito de lesão corporal, na lição de Nelson Hungria, não abrange apenas conseqüências de ordem anatômica, mas compreende qualquer ofensa à normalidade funcional do corpo ou organismo humano, seja do ponto de vista anatômico, seja do ponto de vista fisiológico ou psíquico, o que abrange a desintegração da saúde mental[194].

Corretos os pronunciamentos. É que, embora distintas, violências sobre o corpo e sobre o espírito não estão dissociadas:

> A violência psíquica não é um sucedâneo ou uma variante quantitativa de seu homônimo físico. O que torna uma "neurose traumática" e um "traumatismo cumulativo" violentos não é o montante da excitação, mas a representação que lhe é associada a título de causa.[195]

Certamente um dano provocado deliberadamente sobre o corpo produz impacto sobre o espírito e a mente. E uma violência psicológica também produz efeitos sobre o corpo.

Uma última nota sobre o assunto. A cultura afeta o modo como a violência é percebida e define os processos de reação a ela. Uma cultura que é tolerante com práticas violentas e reage frouxamente ao seu uso é em si um modo de violência.

Galtung chama a isso violência cultural. Segundo ele,

> [...] violência cultural pode ser tida como aqueles aspectos da cultura que legitimam ou fazem a violência parecer um meio aceitável de resposta ao conflito. Que tal violência seja considerada 'normal', 'correta', ou mesmo própria de 'macho', é uma expressão da violência cultural.[196]

Galtung acrescenta que a

> [...] desumanização do outro, fazendo parecer de algum modo 'menor', 'sem valor', e atribuindo-lhe características inteiramente negativas e más são

---

[194] STF – HC 81360 – RJ – 1ª T. – Relª Min. Ellen Gracie – DJU 19.12.2002 – p. 71.

[195] COSTA, Jurandir Freire. **Violência e Psicanálise**. 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1986.p. 94.

[196] GALTUNG, Johan; JACOBSEN, Carl G; BRAND-JACOBSEN, Kai Frithjof. **Searching for peace:** the road to transcend. 2 ed. London: Pluto Press, 2002. p. 18. No original: *"*cultural violence [...] can be taken to be those aspects of the culture that legitimize or make violence seem an acceptable means of responding to conflict. That violence is "normal", "ok", or even "macho" is an expression of cultural violence".

> também componentes de violência cultural. Racismo, xenofobia, e as culturas do imperialismo, patriarcalismo e neoliberalismo são todas expressão da mesma.[197]

No contexto do uso da violência, como instrumento para a tortura, não se deve perder de vista que ela tem um uso racional e deliberado, com motivação própria, sendo capaz de produzir intenso sofrimento físico ou mental.

Algumas reflexões de Hannah Arendt podem iluminar o entendimento acerca do uso da violência no contexto da prática da tortura. A primeira reflexão diz respeito à conclusão de que "a violência é por natureza instrumental; como todos os meios, ela sempre depende da orientação e da justificação pelo fim que almeja".[198]Ainda, "homens sozinhos, sem outros para apóia-los, nunca tiveram poder suficiente para usar da violência com sucesso".[199] E:

> [...] em todos os empreendimentos ilegais, criminosos ou políticos, o grupo, pelo bem de sua própria segurança, exigirá 'que cada indivíduo cometa uma ação irrevogável', a fim de destruir as suas pontes de ligação para com a sociedade respeitável, antes que ele seja admitido na comunidade da violência. Mas, uma vez que um homem é admitido, ele sucumbirá ao encantamento inebriante da primeira prática da violência [que] amarra os homens em um todo coeso, pois cada indivíduo forma um elo violento na grande cadeia, torna-se uma parte do grande organismo da violência em expansão.[200]

7.3.4 Grave ameaça

---

[197] GALTUNG, Johan; JACOBSEN, Carl G; BRAND-JACOBSEN, Kai Frithjof. **Searching for peace:** the road to transcend. 2 ed. London: Pluto Press, 2002. p. 18. No original: "Dehumanization" of the Other, making them seem somehow "less", "unworthy", and ascribing to them entirely negative, self-serving or even "evil" motives are also components of cultural violence. Racism, xenophofia and the cultures of imperialism, patriarchy and neoliberalism are all expressions of this".

[198] ARENDT, Hannah. **Sobre a Violência**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001. p. 40.

[199] ARENDT, Hannah. **Sobre a Violência.** Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001. p. 40.

[200] ARENDT, Hannah. **Sobre a Violência**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001. p. 50.

A circunstância de ocorrência de prática delitiva com ou sem violência ou grave ameaça à pessoa aparece no Código Penal em diversas oportunidades, interferindo na dosimetria da pena, nas condições de livramento condicional (CP art. 83, parágrafo único), no reconhecimento de circunstância extintiva de punibilidade (CP, 107, VIII) etc.

O uso de violência ou grave ameaça é elemento objetivo ou elemento normativo de vários tipos penais, entre eles o constrangimento ilegal, a ameaça de malefício, o roubo, a extorsão, passando pelo estupro, atentado violento ao pudor, rapto etc. O enfrentamento pelo Judiciário de situações, envolvendo grave ameaça em circunstâncias relacionadas à prática desses delitos, pode iluminar o modo de interpretar o conceito de grave ameaça quando aplicada ao delito de tortura.

É importante assinalar, desde logo, que violência e grave ameaça não são a mesma coisa, e que a grave ameaça, contida no dispositivo legal em exame, não se restringe à grave ameaça de uso de violência.

Liszt considera que também a ameaça é modo de ofender a liberdade individual. Para ele, ameaça é "a perspectiva de um mal que suprima ou restrinja a livre manifestação da vontade". Exemplificando que tal mal não se restringe à violência que ele acabara de comentar, esclarece que

> [...] como mal pode ser considerada a cobrança judicial de uma dívida, a denúncia dada ao Ministério Público, uma comunicação ao parente, uma publicação pela imprensa etc. Considerada em si, a causação do mal pode ser conforme ou contrária ao Direito; a promessa de uma ação punível é apenas uma das espécies da ameaça. A modalidade mais grave é a ameaça de um perigo atual para o corpo ou para vida. Não é necessário que a ameaça seja séria, isto é, que quem a faz pretenda executá-la ou que a execução seja possível (ameaçar enfeitiçar, ameaçar com uma arma descarregada); ela, porém, deve parecer séria ao ameaçado, de sorte que seja apropriada a atuar sobre a resolução deste, e o agente deve ter consciência de que a sua ameaça produz tal efeito. Também a ameaça deve ser sempre dirigida contra a pessoa cuja liberdade se pretende coagir, deve ser destinada e própria a influenciar o exercício de sua vontade; mas não é necessário que o mal, destinado a exercer tal influência, afete imediatamente a pessoa de que se trata – pode ser dirigido contra coisas. A ameaça pode ser enunciada expressamente ou por gestos (levantar o braço, apontar a arma etc). A possibilidade de fuga ou de resistência não exclui a idéia de ameaça. [201]

[201] LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal.** Campinas: Russell, 2003. Tomo II, p. 96.

Esse entendimento é adotado pelos tribunais brasileiros, em sua prática jurisprudencial.

“A conduta típica de ameaçar consiste em intimidar, anunciar ou prometer castigo ou malefício a outrem, caracterizando-se, pois, pela prática de um mal injusto e grave, causador de um dano físico, econômico ou moral.”[202]

Relevante na grave ameaça é o risco percebido pela vítima de sofrer mal iminente. Assim, a aparência de vulnerabilidade, desde que não sentida pela vítima como mera aparência, não afasta a objetividade do delito. Como tal entendeu o Supremo Tribunal Federal ao concluir que

> [...] a utilização de arma imprópria ao disparo ou de brinquedo não descaracteriza o tipo do artigo 155, *caput*, do Código Penal. O Supremo reconheceu a existência, no caso, da grave ameaça, ‘muito embora sob a óptica da aparência, a evidenciar a violência a pessoa’.[203]

Algumas vezes, o uso de arma de fogo para intimidar é considerado não apenas uma ameaça grave, mas uma violência real. Segundo o STJ, “a expressão violência real alcança a denominada violência moral (no caso, grave ameaça com emprego de arma), estando, aí, tão só excluída a violência presumida.”[204]

A simulação de porte de arma de fogo é suficiente à caracterização da grave ameaça.[205]

Não é imprescindível que a ameaça seja feita na presença da vítima. “A ameaça pode ser feita na presença, ou na ausência da vítima, desde que chegue ao conhecimento desta.”[206]

---

[202] TJPE – ACr 99773-1 – Relª Desª Helena Caúla Reis – DJPE 11.11.2003.
[203] STF – HC 71.051 – MG – 2ª T. – Rel. Min. Marco Aurélio – DJU 23.9.1994.
[204] STJ – RESP 479679 – PR – 5ª T. – Rel. Min. Felix Fischer – DJU 15.09.2003 – p. 00353.
[205] TJRS – APC 70005343512 – 7ª C.Cív.– Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos – DJRS 11.12.2002.
[206] TRF 4ª R. – ACr 2001.04.01.063599-7 – PR – 8ª T. – Rel. Juiz Fed. Otávio Roberto Pamplona – DJU 11.02.2004 – p. 474. JCP.344

Em mais de uma oportunidade o Supremo Tribunal Federal já considerou que tanto a violência física quanto a grave ameaça podem não resultar em lesões aparentes.[207]

E, segundo o Supremo Tribunal, esse entendimento se aplica também ao delito de tortura. Para a mais Alta Corte,

> É irrelevante o exame da extensão ou a classificação das lesões físicas sofridas pela vítima, principalmente porque há formas de torturas que sequer deixam lesões aparentes, como ocorre com a tortura feita mediante grave ameaça, ou com a psicológica[208].

O emprego de arma de fogo para realizar a ameaça não deixa vestígio, o que torna a perícia desnecessária.[209] O delito de ameaça não deixa vestígio.

A grave ameaça de uso de violência é, em si, intimidação. Não se confunde, mas pode ser reforçada pela intimidação enquanto motivo para o delito, ou propósito da ameaça; ou seja, o agente pode fazer uma grave ameaça (que é intimidante) com *o* propósito *de* intimidar. Se disso resultar intenso sofrimento (físico, mental ou moral), completar-se-á o tipo tortura.

7.3.5 Sofrimento (intenso)

Como visto, o art. 1º, incisos I e II, da Lei 9.455/97, prevê, tanto para a modalidade de tortura mediante constrangimento (constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico e mental), quanto para a modalidade de tortura mediante subjugação (submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo) o emprego de violência, que cause sofrimento. Antes de observar

---

[207] "A caracterização do estupro fundou-se, à luz da prova, na afirmação da violência física que não deixou marcas na vítima e na grave ameaça a ela infringida pelo agente (STF – HC 71.531 – SC – 1ª T. – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 27.10.1994)

[208] STF – HC – 79920 – RJ – 2ª T. – Rel. Min. Maurício Corrêa – DJU 01.06.2001 – p. 00077.

[209] TJRS – ACR 70005951801 – 8ª C.Crim. – Rel. Des. Sylvio Baptista Neto – J. 21.05.2003.

com detalhe o conceito de sofrimento, é de se destacar que o inciso I não qualifica o sofrimento necessário para configurar tortura, ao passo que o inciso II exige o intenso sofrimento. O intérprete, contudo, deve recorrer à própria conceituação de tortura, para compreender que a severidade do sofrimento é o principal ingrediente do crime de tortura.[210] Como mensurar o sofrimento será visto ao longo do capítulo.

Sofrimento [de *sofrer* + *-imento*] significa o ato ou efeito de sofrer; dor física; angústia, aflição, amargura. É substantivo derivado do verbo sofrer, compreendendo ser atormentado, afligido por; padecer; tolerar, suportar, agüentar; ser vítima de, passar por, experimentar (coisa desagradável ou danosa); sentir dor física ou moral; experimentar prejuízos.[211]

No dizer de Judymara Lauzi Gozzani

> [...] o sofrimento é uma resposta negativa induzida por inúmeros fatores, entre os quais estão a dor, o medo, o estresse e perdas. A linguagem da dor pode ser para descrever sofrimento, independente da causa, levando tanto o médico como o paciente a equívocos quanto ao motivo. O sofrimento aparece quando a integridade física ou psicológica do individuo é ameaçada. Nem todo sofrimento é causado por dor, mas freqüentemente ele é descrito nesses termos. [212]

Cassel, que considera que "[...] o sofrimento ocorre quando um sinal de perigo é percebido pela pessoa e permanece enquanto a ameaça de desintegração não tenha passado ou a integridade pessoal tenha sido restaurada*"*.[213]

Para esse autor, o "[...] sofrimento pode ser entendido como um estado grave de angústia associada a eventos que ameaçam a intangibilidade da pessoa*"*[214].

---

[210] BOULESBAA, Ahcene. **The U.N. Convention on Torture and Prospects for Enforcement.** The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1999. p. 16.
[211] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio Eletrônico:** Século XXI. Coordenação e edição: Margarida dos Anjos e Marina Baird Ferreira. Versão 3.0. Microsoft Corporation, Lexikon Informática, Nova Fronteira, 1999. 1 CD-ROM. Verbetes "sofrimento" e "sofrer".
[212] CAVALCANTI, Ismar Lima; MADDALENA, Maria Luiza (Org.). **Dor**. Rio de Janeiro: Sociedade de Anestesiologia do Rio de Janeiro, 2003. p. 14.
[213] CASSEL, E. J. **Recognizing suffering.** [S.l]: Hastings Center Repports, 1991. v. 21. p. 24-31 *In* TEIXEIRA, Manoel Jacobsen (Org.). **Dor:** contexto interdisciplinar. Curitiba: Maio, 2003. p. 195
[214] CASSEL, E. J. **Recognizing suffering.** [S.l]: Hastings Center Repports, 1991. v. 21. p. 24-31 *In* TEIXEIRA, Manoel Jacobsen (Org.). **Dor:** Contexto interdisciplinar. Curitiba: Maio, 2003. Pág. 195

Victoria Regina Béjar aponta que, no campo psicanalítico, "[...] Freud opôs a dor ao desprazer, mas não a distinguiu do sofrimento [...]."[215]

> Entretanto, Schneider (1989) estabeleceu diferença nítida entre sofrimento e dor quando diz que:
> 'A dor possui a qualidade narcísica da incomunicabilidade, é mais intensa e destrutiva. O sofrimento vem de alguém. A dor vem de ninguém. A dor priva o sujeito de sua subjetividade, desmancha-o (...). Na dor, não se é ninguém. O sofrimento devido às suas qualidades relacionais, guarda ligação com o prazer e com o erotismo. Outro aspecto é o da elaboração do trabalho da dor, já que no sofrimento não há o trabalho da dor. Esta ultima reduz todo o trabalho psíquico e entrava a capacidade de pensar'.[216]

E conclui:

> [...] o sofrimento é quando a emoção torna-se consciente e passa a poder ser pensada. Pode-se acrescentar que a dor pode ser vivida com intensidade de sofrimento variável, desde aquelas vividas intensamente até os casos em que há resfriamento e congelamento dos sentimentos. [217]

A experiência vivida é o sofrimento. E o sofrimento pode ser produzido tanto por dor física, quanto por angústia, estresse, medo, que implica em questões existenciais e circunstanciais. Quando a experiência do sofrimento atinge níveis intensos, em razão de a dor física, ou a angústia ou estresse ou medo serem intencional e deliberadamente infligidos, por motivação do agressor, há tortura. Serão examinadas, portanto, as situações que produzem sofrimento.

7.3.5.1 Dor. Conceito. Origens. Modos de expressão. Uso. Propósitos. Intensidade.

Mais do que qualquer outra coisa, a tortura é a manipulação da dor alheia, para realização dos propósitos de quem a inflige. Com a tortura, o torturador trabalha no corpo e na alma do torturado, procurando substituir a vontade deste pela sua. Além de usar da tecnologia da dor, usa da tecnologia do medo. A dor e o medo da dor corroem a vontade, destroçando corpo e alma.

---

[215] TEIXEIRA, Manoel Jacobsen (Org.). **Dor:** Contexto interdisciplinar. Curitiba: Maio, 2003. p. 746.
[216] TEIXEIRA, Manoel Jacobsen (Org.). **Dor:** Contexto interdisciplinar. Curitiba: Maio, 2003. p. 746
[217] TEIXEIRA, Manoel Jacobsen (Org.). **Dor:** Contexto interdisciplinar. Curitiba: Maio, 2003. p. 746.

A dor é necessária ao ser humano. Ela pode ser vista como uma defesa contra ameaças lesivas ou lesões vindas da realidade externa ao organismo. Sua função é proteger o organismo, produzindo reações que procuram indicar a existência desses perigos, para poder evitá-los. O que não impede de a própria defesa contra a dor ser dolorida.[218]

Para a *International Association for the Study of Pain* (Associação Internacional para o Estudo da Dor), dor é "uma experiência sensorial e emocional desagradável associada a uma lesão tissular existente ou potencial, ou descrita em termos que significam tal lesão".

Ora, havendo, no próprio conceito médico de dor, mais de uma dimensão – a física e a emocional – convém refletir sobre essas dimensões de modo destacado.

7.1.5.1.1 Dor física

Primeiramente, é possível considerar que a dor é sensação produzida quando atua sobre o organismo um estímulo identificado como potencialmente lesivo. A percepção dessa potencialidade lesiva não é igual para todos, variando de organismo para organismo. Isso faz surgir o que se convenciona chamar de limiar doloroso, a tênue linha sensorial que separa a dor da não-dor, ou da mera sensação de estímulos externos não dolorosos. A sensação dolorosa, portanto, decorre da intensidade do estímulo e da sensibilidade do tecido estimulado.[219]

---

218 BERLINK, Manoel Tosta (Org.). **Dor**. São Paulo: Escuta, 1999. p. 10.
219 BERLINK, Manoel Tosta (Org.). **Dor.** São Paulo: Escuta, 1999. p. 13.

Ainda como lembra Berlink,

> [...] como toda modalidade sensorial, a dor se inicia em receptor periférico e, conforme a localização desse receptor, pode ser classificada em dois tipos gerais: dor somática, quando o receptor está localizado em tecidos originados à pele, músculos, tendões, ossos e articulações, ou dor visceral, com receptor localizado nos tecidos oriundos da visceropleura, estrutura embrionária que vai dar origem às vísceras em geral, vasos sangüíneos, serosas, meninges etc.[220]

7.1.5.1.2. Dor mental

Enquanto não parece haver dúvida quanto ao que significa sofrimento físico, provocado por uma dor física, o mesmo não se dá quando se refere a sofrimento mental. McGoldrick critica o Comitê de Direitos Humanos da ONU, que, examinando casos de violação ao artigo 7º do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, não se revelou capaz de definir sofrimento mental ou psicológico, muito menos de apontá-lo como forma de tortura.[221]

Boulesbaa[222] lembra que a Comissão Européia de Direitos Humanos, decidindo o *Caso Grego*, definiu tortura mental como

> [...] infligir sofrimento mental através da criação de um estado de angústia e stress por meios outros que agressão física. Ainda, aponta que os Estados Unidos, quando do processo de ratificação da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Desumanos, Degradantes ou Cruéis, estabeleceu o entendimento de que dor ou sofrimento mental refere-se a mal mental prolongado, causado por ou resultante de (1) se infligir intencionalmente ou de se ameaçar infligir severa dor ou sofrimento físico; (2) administração ou aplicação, ou ameaça de administração ou aplicação, de substâncias que [...] alteram a mente ou outros procedimentos calculados para provocar profundamente ruptura dos sentidos da personalidade; (3) a ameaça de morte iminente; ou (4) a ameaça de que outra pessoa será de modo iminente submetida à morte, a severa dor ou sofrimento físico, ou a administração ou aplicação de substâncias que alteram a mente ou outros procedimentos calculados para provocar profundamente ruptura dos sentidos da personalidade.

---

[220] BERLINK, Manoel Tosta (Org.). **Dor.** São Paulo: Escuta, 1999. p. 13.
[221] MCGOLDRICK, Dominic. **The Human Rights Committee.** Oxford: Clarendon, 1994. p. 369.
[222] BOULESBAA, Ahcene. **The U.N. Convention on Torture and Prospects for Enforcement.** The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1999. p. 19.

A dor ou sofrimento moral ou psíquico assemelha-se à mágoa, pesar, aflição, dó, compaixão.

Segundo observa Rubens Marcelo Volich, há traços comuns entre a dor física e a dor mental, moral ou psíquica, entre esses sua

> [...] *natureza sensorial*, a *qualidade desprazerosa*, e o *caráter subjetivo* da dor, bem como a tentativa de situar a marca distintiva entre sua experiência física ou moral na existência ou não de uma lesão real do organismo.[223]

José Henrique Valentim, citando Quinet, observa afirmação deste último, segundo a qual

> [...] a dor é sempre uma dor psíquica, dor de existir, ou seja, para além dos processos neurofisiológicos que estruturam a situação de sofrimento orgânico que, num sentido estrito, respondem de forma mecânica e proporcional qualquer agressão ao corpo físico, subsiste uma outra dor que encampa e direciona o evento puramente orgânico e dá voz ao silêncio dos órgãos[224].

Para Crutchfield,

> A compreensão que a pessoa tem da 'situação de dor' tem muita relação com a intensidade da emoção despertada. A emoção de dor é muitas vezes reforçada pelo medo. Uma dor interna, cuja origem não compreendemos, pode provocar intensa agitação, especialmente se formos levados a pensar que tem uma significação ameaçadora [...]. [225]

---

[223] BERLINK, Manoel Tosta (Org.). **Dor.** São Paulo: Escuta, 1999. p. 38.
[224] BERLINK, Manoel Tosta (Org.). **Dor.** São Paulo: Escuta, 1999.p. 74.
[225] CRUTCHFIELD, Richard S.; KRECH, David. **Elementos de Psicologia**. 5. ed. São Paulo: Pioneira, 1958. 1 v. p. 276.

No contexto da tortura, segundo observa Rojas,

> Lo que da la especificidad a este 'sufrimiento mental' es que el torturado se encuentra en una situación nunca antes vivida, cargada de violencia y agresión por parte de otro ser humano. Esta situación no tiene experiencia previa, no se asocia a ningún recuerdo, no tiene representación mental homologable.
>
> El torturado se encuentra además 'inerme', por el entero a merced de las amenazas, del dolor del pánico. De este modo, el vínculo establecido entre él y el torturador es de sometimiento total, de desigualdad humana donde la violencia – vehículo que los une – proviene de una sola de las partes. De esta manera, se desintegra y se pervierte la coherencia de la relación intersubjetiva. De modo que la dimensión desestructurante de la tortura sobre la persona que la padece no se debe tan sólo a la destrucción de su identidad, sino también a la ruptura del vínculo com outro ser humano [...].
>
> [L]a tortura quiebra todo el sistema de valores, de ideales, el curso de la vida, la imágen de sí mismo y, como vimos, también destruye la ética del convivir humano.[226]

Manipulando instrumentos que causam a dor e controlando os momentos em que aquela se intensifica ou é aliviada, o torturador pretende desestruturar a vítima:

> O torturador sabe que, para sua vitima, é impossível sustentar o investimento psíquico ante uma dor extrema. Toda a questão reside em qual seria o umbral, mas sempre há um. Um umbral além do qual o aparelho psíquico se desagrega. Este ponto de vista coloca a dor como absolutamente muda. Se a angustia é um centro gravitacional para a experiência analítica, a dor, em contrapartida, constitui um dos limites de sua ação.[227]

7.1.5.1.3. Dor moral

A indenização por dano moral objetiva compensar a dor moral sofrida pela vítima, punir o ofensor e desestimular este e outros membros da sociedade a cometerem atos dessa natureza.[228]

---

[226] ROJAS, Paz. **Area Médica y Rehabilitación** *In* APT – ASOCIACIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA PREVENIR LA TORTURA. **Un Desafio Realista: Actas del Seminario sobre las condiciones de detención y la protección de las personas privadas de libertad en América Latina.** Genebra: APT, 1995. p. 197-198.

[227] BERLINK, Manoel Tosta (Org.). **Dor.** São Paulo: Escuta, 1999**.** p. 103.

[228] STJ – REsp – 168945 – SP – 3ª T. – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro – DJU 08.10.2001 – p. 00210.

7.1.5.2. Medo

Medo é o estado mental resultante de uma percepção de estar diante de um objeto perigoso, ou de uma condição ameaçadora, aliado à sensação de ausência de poder ou capacidade de dominar a ameaça. É o não saber como evitar a ameaça, ou a percepção de não haver saída, que faz surgir o medo.[229]
A antecipação da ameaça, também chamada de perspectiva do futuro, é componente de muitas situações de medo.

Para Crutchfeld,

> Prevemos o que vai ocorrer e o fato de continuarmos a pensar nisso pode provocar um estado severo de medo antecipado. Às vezes, a maior tortura é a que invade o prisioneiro, enquanto está em sua cela, à espera de que o levem para a sala de torturas.[230]

O medo deixa as pessoas vulneráveis à manipulação. É um dos aspectos do medo que causa mais danos, pois corrói a personalidade e hipoteca a liberdade. O medo faz a pessoa sentir-se insegura e essa insegurança facilmente se faz voltar-se para qualquer coisa que a faça sentir-se novamente segura. A insegurança causa impaciência. Não dá para agüentar ficar muito tempo no estado de incerteza e busca-se proteção e clareza a qualquer custo.[231]

A realização da tortura mediante ameaça, ou com intimidação, serve-se do medo para dominar a vontade da vítima.

7.1.5.3. Angústia

Angústia [do lat. *angustia*] corresponde a ansiedade ou aflição intensa; ânsia, agonia. Por extensão, equivale a sofrimento, tribulação.

---

[229] CRUTCHFIELD, Richard S.; KRECH, David. **Elementos de Psicologia.** 5. ed. São Paulo: Pioneira, 1958. 1 v. p. 273.
[230] CRUTCHFIELD, Richard S.; KRECH, David. **Elementos de Psicologia.** 5. ed. São Paulo: Pioneira, 1958. 1 v. p. 273.
[231] VALLES, Carlos G. **Liberte-se do medo.** 3. ed. São Paulo: Paulinas, 1996. p. 80.

Karl Jaspers, citado por Isaías Paim, sintetizou a distinção entre medo e angústia de modo preciso e direto: “Sentimento freqüente e torturante é a angústia. O medo se refere a alguma coisa. A angústia é sem objeto”.[232]

H. Binder comunga com essa compreensão diferenciadora e esclarece que o sentimento do medo apresenta “estruturas psíquicas amplamente configuradas, precisas e determinadas”, ao passo que a angústia corresponde a “estratos psíquicos mais profundos que, com freqüência, são menos claramente conscientes e conservam conexões psíquicas mais difusas e menos articuladas.” Donde conclui:

> Alguém teme algo ou sente medo diante de algo, enquanto na angústia os processos do conhecimento que a precedem são, freqüentemente, muito mais vagos e indiferenciados, características que correspondem a estratos psíquicos mais primitivos.[233]

> Kammerer é de opinião que todas as definições da angústia se reduzem a três condições essenciais: ‘1ª.) o sentimento da iminência de um perigo, mas de um perigo indeterminado, que virá. Esse sentimento se acompanha da elaboração de temas trágicos, os quais ampliam todas as imagens na proporção de um drama; 2ª.) a atitude atenta diante do perigo, verdadeiro estado de alerta, que invade todo o indivíduo, tendendo para a catástrofe que se avizinha; 3ª.) a desordem, isto é, a convicção da incapacidade absoluta e o sentimento de desorganização e de prostração diante do perigo.’[234]

O estado de angústia tende a perturbar as funções fisiológicas, expressando-se por meio de uma espécie de alterações neurovegetativas: constrição respiratória, dispnéia, opressão cardíaca, acompanhada de taquicardia e palpitações, lentidão ou aceleração do pulso, palidez, relaxamento da musculatura facial, espasmos em órgãos diversos, transpiração nas mãos e na face.

A angústia – sensação difusa de que um perigo virá – pode ser de intensidade tal que produza sofrimento físico e mental. E se tal angústia for intencionalmente produzida, por ação ou omissão, com uma motivação (prevista em lei), pode configurar tortura.

---

[232] PAIM, Isaías. **Curso de Psicopatologia.** 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Pedagógica e Universitária , 1993. p. 232.
[233] PAIM, Isaías. **Curso de Psicopatologia.** 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Pedagógica e Universitária , 1993. p. 233.
[234] PAIM, Isaías. **Curso de Psicopatologia.** 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Pedagógica e Universitária , 1993. p. 233.

7.1.6. Subjugação de preso ou de internado a ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal

Dispõe o § 1º, do art. 1º, da Lei 9.455/97:

> Art. 1º. [...]
> §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.

O § 1º, do artigo 1º, da Lei 9.455/97, prevê conduta que tipifica tortura, com idêntica punição para os casos elencados nas várias alíneas dos incisos I e II desse mesmo artigo, mas das quais se distingue pela ausência de elemento subjetivo do injusto. Com efeito, pratica tortura quando quem for o responsável pela prisão ou imposição de medida de segurança produzir na pessoa presa ou sujeita àquela medida de segurança sofrimento físico ou mental, em razão de um ato não previsto em lei, ou que não resultar de uma medida legal, independentemente da motivação ou do propósito.

Essa é uma hipótese em que não há distinção conceitual entre tortura e tratamento desumano ou cruel. Ou por outra, é a hipótese em que um tratamento desumano ou cruel é criminalizado, não de modo genérico, mas como crime próprio daqueles que forem responsáveis pela prisão ou imposição de medida de segurança e produzirem nas pessoas presas ou sujeitas à medida de segurança sofrimento físico ou mental, em razão de ato não previsto em lei ou que não resultar de medida legal. A motivação ou o propósito aqui não é elemento normativo desse tipo de tortura (distanciando-se, portanto, das modalidades referidas nos incisos I e II do art. 1º da Lei 9.455/97). Mas, pode ser.

Que quer dizer a lei por pessoa presa? Para Valéria Diez Scarance Fernandes Goulart:

> O termo *preso* compreende qualquer pessoa detida, seja em flagrante, por determinação do juiz criminal ou prisão civil. Até mesmo aquele detido ‘para

> averiguação', hipótese teoricamente abolida pela legislação, mas muito freqüente na prática[235].

No Brasil, a expressão é utilizada por três leis e alguns decretos. As leis são: o Código Penal (quando, no art. 351, criminaliza a conduta de "Promover ou facilitar a fuga de pessoa legalmente presa ou submetida à medida de segurança detentiva"); a Lei 9.608/98 (art. 77, inciso IV, que cuida da cooperação internacional para preservação do meio ambiente); e a própria Lei 9.455/97.

Quanto aos decretos, há o Decreto nº 2.347/97, que prevê acordo de extradição com a Grã-Bretanha e a Irlanda do Norte; o Decreto nº 4.229/2002, que indica propostas de ações governamentais, para implementar o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH, instituído pelo Decreto nº 1.904/96; e o Decreto nº 4.975/2004, que promulgou o Acordo de Extradição entre os Estados-Partes do Mercosul.

Nesses diplomas legais, a expressão parece mais utilizada no sentido de pessoa legalmente presa, ou seja, pessoa que tenha sido presa em fragrante delito, ou que tenha sido presa em razão de ordem fundamentada de autoridade judicial.

Com força normativa de lei federal, há os tratados internacionais de direitos humanos subscritos e ratificados pelo Brasil, já devidamente promulgados. O primeiro deles é o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, cujo art. 9º, número 3, estabelece:

> 3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade.

Ainda, há a Convenção Americana de Direitos Humanos, em cujo art. 7º, item 5, determina:

> 5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua

---

[235] GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. **Tortura e Prova no Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 62.

> liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

No Direito Internacional dos Direitos Humanos, a expressão "pessoa presa" se contrapõe à expressão "pessoa em gozo de sua liberdade". Com efeito, os arts. 9º, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, e 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos, tratam da proteção e defesa das liberdade e segurança pessoais.

Pessoa presa, portanto, traduz uma realidade de fato, de não se encontrar em gozo de sua liberdade. Não se pode restringir o conceito de pessoa presa ao de pessoa legalmente presa, porque se chegaria ao absurdo de tornar mais difícil a punição de quem estivesse praticando conduta mais culpável ainda, já que, além de fazer incidir sobre a pessoa presa medidas não previstas em lei, faria incidir sobre pessoa ilegalmente presa.

O certo é que, em sendo a *prisão* uma realidade de fato, todas as pessoas presas – legal ou ilegalmente – têm direito à proteção jurídica, elencada nos arts. 9º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, e 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

A Constituição Federal não se utiliza da expressão pessoa presa. Primeiramente, deixa claro que o bem jurídico protegido é a liberdade, afirmando, no art. 5º, inc. LIV, que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Para designar aquele que está privado da liberdade, o constituinte preferiu utilizar-se da fórmula mais simples e conhecida de o preso. Assim é que relaciona vários direitos dos presos, nos incs. LIV a LXVIII e LXXV, do já citado art. 5º.

O Superior Tribunal de Justiça também iguala a expressão pessoa presa à expressão preso.[236]

---

[236] STJ – HC 25445 – SP – 5ª T. – Rel. Min. Jorge Scartezzini – DJU 28.10.2003 – p. 00310; HC 17539 – PA – 6ª T. – Rel. Min. Hamilton Carvalhido – DJU 19.12.2002.

Por outro lado, ao equiparar a situação de pessoa presa à de pessoa submetida à medida de segurança, a lei quis significar a circunstância de estarem aqueles sob custódia de agentes do Estado. Daí, ser o crime do § 1º, do art. 1º, da Lei 9.455/97, crime próprio de agente público. Nisto se distingue das situações possíveis do art. 1º, inc. II, da Lei 9.455/97, que podem ter atores privados, como perpetradores.

O § 1º, do art. 1º, da Lei 9.455/97, protege, portanto, as pessoas presas, detidas ou retidas, ou pessoas submetidas à medida de segurança – notadamente as internadas – que estejam sob responsabilidade de agentes do Estado.

A expressão pessoa presa incluiria adolescente sujeito à medida sócio-educativa de internação? Valéria Diez Scarance Fernandes Goulart entende que não. Para ela:

> A tortura contra adolescentes internados na FEBEM ou abrigados, que não podem ser englobados no vocábulo *presos*, há de ser enquadrada no artigo 1º, II, da Lei de Tortura. Nas entidades de atendimento, os agentes exercem função pública e mantém uma relação de autoridade em relação aos menores. Além disso, no caso de abrigo, o dirigente é equiparado a guardião, nos termos do artigo 92, parágrafo único, do ECA.[237]

Penso de outro modo. Como dito, a lei usa a expressão "pessoa presa" e não "preso". Já demonstrei que, no âmbito constitucional e no âmbito do direito internacional dos direitos humanos, "pessoa presa" se contrapõe à "pessoa em gozo da liberdade". Assim, toda pessoa que não esteja em gozo de sua liberdade, por ato do Estado, e que esteja submetida à custódia do Estado, estará protegida pelo § 1º, do art. 1º, da Lei 9.455/97.

Aliás, basta ver a própria definição do que seja "internação", no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei 8.069/90): art. 121[238]. "A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento."

---

[237] GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. **Tortura e Prova no Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2002.p.62.

[238] Lei Nº 8.069, de 13 de Julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências.

Emílio Garcia Mendez, comentando esse dispositivo, diz que

> Pela primeira vez no campo da legislação chamada até agora de "menores" renuncia-se aos eufemismos e à hipocrisia, designando a internação como uma medida de privação da liberdade.

E completa:

> A utilização da expressão 'privação da liberdade' resulta altamente conveniente no sentido de não se ignorar o complexo sistema de garantias de fundo e processuais que devem acompanhá-la.[239]

A "internação em estabelecimento educacional", prevista no inc. VI, do art. 112, do ECA, na prática brasileira, dá-se em instalações mais próximas de presídios que de escolas. E são chamados de tais. O Ministério Público de São Paulo, por exemplo, pediu e obteve a interdição da Unidade Educacional 26 (EU 26) da Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor – FEBEM, conhecida por "Cadeião de Santo André" [240].

Também pediu e obteve a interdição da Unidade Educacional (UE 22) do Complexo Raposo Tavares. Houve, entre outras razões, por questões de "segurança e contenção", desde que "falhas existiam desde as instalações fisicas, como, por exemplo, inexistência de muralhas, alarmes, iluminação, como no quadro insuficiente de vigilantes" [241].

Ou seja, a falta de vigilantes e de muralhas, que comprometiam a segurança e a contenção, produziram a interdição da Unidade Educacional (UE 22) do Complexo Raposo Tavares.

Quem vive sob custódia do Estado por trás de muralhas, e sob vigilância, é de ser considerado pessoa presa, para fins de gozar proteção da lei.

---

[239] CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral; MENDES, Emílio Garcia. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado.** São Paulo: Malheiros: 1992. p. 373

[240] TJSP. Apelação Cível 076.033-0/6-00, a que corresponde o Acórdão 00434289, Relator o Des. Mohamed Amaro, julgada em 4 de fevereiro de 2002.

[241] TJSP. Apelação Cível 093.648-0/2-00, Acórdão 00514009, Relator o Des. Fábio Quadros, FEBEM contra o Ministério Público.

Não se diga que se está dando interpretação *extensiva* proibida por lei. Em verdade, o que se está fazendo é "incluir num preceito penal" todas as potenciais vítimas e pessoas protegidas "que seu teor literal admite", para parafrasear Enrique Gimbernat Ordeig.[242]

Quando tais pessoas forem submetidas a medidas não previstas ou não autorizadas em lei, pode configurar o tipo penal desse supra referido dispositivo legal.

Essa interpretação realiza melhor o contido no Pacto de Direitos Civis e Políticos, cujo art. 10, 1, dispõe:

> Artigo 10
>
> 1. Todos os indivíduos privados na sua liberdade devem ser tratados com humanidade e com respeito à dignidade inerente à pessoa humana.

Em seu Comentário Geral Nº 21, em que interpretou o conteúdo dessa disposição normativa e as obrigações dos Estados daí decorrentes, o Comitê de Direitos Humanos, no que interessa, disse:

> 2. O artigo 10, parágrafo 1, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos se aplica a qualquer um privado de sua liberdade, sob as leis e autoridade do Estado, que esteja em prisões, hospitais – particularmente hospitais psiquiátricos – campos de detenção ou instituições correcionais ou qualquer outro. Os Estados-parte devem assegurar que o princípio ali estabelecido seja observado em todas as instituições e estabelecidos em sua jurisdição em que pessoas estiverem mantidas. [243]

Pessoa presa, da Lei 9.455/97, portanto, há de ser compreendida como "qualquer um privado de sua liberdade, sob as leis e autoridade do Estado".

---

[242] ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Conceito e Método da Ciência do Direito Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 62

[243] UNITED NATIONS. Human Rights Committee. General Comment No. 21: Replaces general comment 9 concerning humane treatment of persons deprived of liberty (Art. 10) : 10/04/92. CCPR General Comment No. 21. (General Comments). Forty-fourth session, 1992. No original: 2. Article 10, paragraph 1, of the International Covenant on Civil and Political Rights applies to any one deprived of liberty under the laws and authority of the State who is held in prisons, hospitals - particularly psychiatric hospitals - detention camps or correctional institutions or elsewhere. States parties should ensure that the principle stipulated therein is observed in all institutions and establishments within their jurisdiction where persons are being held. Acesso em janeiro de 2005 ao site http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/3327552b9511fb98c12563ed004cbe59?Opendocument

No que respeita à conduta criminalizada, tal significa impor a alguém sofrimento ou constrangimento maior do que aquele que a lei autoriza ser imposto, como conseqüência ordinária de sua imposição. Ainda, a lei só pode impor sanção que esteja compatível com a Constituição e as normas de Direito Internacional de direitos humanos.

A Convenção Contra a Tortura[244], da ONU, em seu art. 1º, parte final, diz que "Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam conseqüência, inerentes ou decorrentes de sanções legítimas"[245].

O texto, no original, em inglês, diz *lawful sanctions* - sanções legais. E não *legitimate sanctions*.

Joseph, Schultz & Castan, comentando esse dispositivo, entendem que a expressão *lawful* (legal) deveria ser interpretada de modo a permitir as sanções que são de outro modo permitidas pela Convenção Contra a Tortura e outras normas de Direito Internacional.[246] A contrário senso, não permitindo que possam ser "legais" sanções, mesmo baseadas em leis do ordenamento interno do Estado-parte, que não sejam compatíveis com o Direito Internacional dos direitos humanos.

Têm razão. Aliás, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura [247] também traz dispositivo assemelhado, em seu artigo 2º, já com o devido esclarecimento ou com melhor precisão terminológica:

> Não estarão compreendidos no conceito de tortura as penas ou sofrimentos físicos ou mentais que sejam unicamente conseqüência de medidas legais ou inerentes a elas, **contanto que não incluam a realização dos atos ou aplicação dos métodos a que se refere este Artigo**. (negrito nosso).

Percebe-se que não é o fato de uma sanção ser *legal* – de acordo com o ordenamento jurídico doméstico - que estará excluída do controle de verificação de constituir - ou não – tortura ou tratamento ou pena desumano, degradante ou cruel.

---

[244] Aprovada pelo Decreto-Legislativo Nº 4/89. Promulgada pelo Decreto 40/91.
[245] Versão oficial, em português, da tradução do texto original, em inglês.
[246] JOSEPH, Sarah; SCHULTZ, Jenny; CASTAN, Melissa. **The International Covenant on Civil and Political Rights.** 2 ed. Oxford: Oxford University, 2004. p. 207.
[247] Aprovada pelo Decreto-Legislativo Nº 5/89; promulgada pelo Dec. 98.386/89.

O dispositivo na Lei nº 9.455/97 não é novo e guarda estreita relação com o art. 350, do Código Penal, que criminaliza a conduta de "exercício arbitrário" ou "abuso de poder":

> Art. 350. Ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder:
> Parágrafo único. Na mesma pena incorre o funcionário que:
> III - submete pessoa que está sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei;

O Código Penal fala em submeter a "vexame ou a constrangimento" não autorizado em lei.

No dizer de Júlio Fabbrini Mirabete[248], o inciso III tem em vista a proteção da "integridade física, psíquica ou moral" da pessoa presa. Acrescenta que, conquanto "se permita, no regulamento das prisões, medidas de castigo pelo mau comportamento da pessoa recolhida, não podem elas expor-lhe a perigo a vida ou saúde, nem ofender-lhe a dignidade humana", daí que "o abuso ou excesso é incriminado".

Por outro lado, a Lei nº 4.898/65, em seu art. 4º, também trata da matéria nos mesmos termos que o Código Penal, ao dizer que "constitui também abuso de autoridade: [...] b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei".

A expressão terá melhor compreensão, quando observarmos que, tanto a proteção contra a tortura, quanto a proteção contra tratamento desumano, degradante, ou cruel, vêm previstos nos mesmos dispositivos das Convenções Internacionais.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, por exemplo, traz, em seu artigo 5º:

> Artigo 5º - Direito à integridade pessoal

[248] MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal.** 9 ed. São Paulo: Atlas, 1996. 3 v. p. 419-420.

> 1. Toda pessoa tem direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
> 2. Ninguém deve ser submetido a torturas nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

O Pacto de Direitos Civis e Políticos, como visto, no art. 10, 1, dispõe: "Todos os indivíduos privados na sua liberdade devem ser tratados com humanidade e com respeito à dignidade inerente à pessoa humana."

Em seu Comentário Geral nº 21[249], em que interpretou o conteúdo do artigo 10, e as obrigações dos Estados daí decorrentes, o Comitê de Direitos Humanos, no que interessa, disse:

> 3. O artigo 10, parágrafo 1, impõe aos Estados-parte uma obrigação positiva em favor das pessoas que são particularmente vulneráveis em razão de seu status de pessoas privadas da liberdade, e complementa em seu favor o banimento da tortura e outros tratamentos ou punições cruéis, desumanos ou degradantes contidos no artigo 7 do Pacto. Assim, não apenas as pessoas privadas de sua liberdade não podem ser sujeitas a tratamento que seja contrário ao artigo 7, incluindo experimentação médica ou científica, mas também não podem ser sujeitas a sofrimento ou constrangimento que não aquele resultante da privação da liberdade; o respeito à dignidade de tais pessoas deve ser garantido do mesmo modo que às pessoas livres. As pessoas privadas de sua liberdade gozam de todos os direitos previstos no Pacto, sujeitas às restrições que são inevitáveis em um ambiente fechado.
> 4. Tratar as pessoas privadas de sua liberdade com humanidade e com respeito por sua dignidade é uma regra fundamental universalmente aplicável. Consequentemente, a aplicação dessa regra, como um mínimo, não pode depender de recursos materiais disponíveis no Estado-parte.
> 5. Os Estados-parte são convidados a indicar em seus relatórios em que extensão eles estão aplicando os padrões das Nações Unidas pertinentes,

---

[249] UNITED NATIONS. Human Rights Committee. General Comment No. 21: Replaces general comment 9 concerning humane treatment of persons deprived of liberty (Art. 10) : 10/04/92. CCPR General Comment No. 21. (General Comments). Forty-fourth session, 1992. No original: 3. Article 10, paragraph 1, imposes on States parties a positive obligation towards persons who are particularly vulnerable because of their status as persons deprived of liberty, and complements for them the ban on torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment contained in article 7 of the Covenant. Thus, not only may persons deprived of their liberty not be subjected to treatment that is contrary to article 7, including medical or scientific experimentation, but neither may they be subjected to any hardship or constraint other than that resulting from the deprivation of liberty; respect for the dignity of such persons must be guaranteed under the same conditions as for that of free persons. Persons deprived of their liberty enjoy all the rights set forth in the Covenant, subject to the restrictions that are unavoidable in a closed environment. 4. Treating all persons deprived of their liberty with humanity and with respect for their dignity is a fundamental and universally applicable rule. Consequently, the application of this rule, as a minimum, cannot be dependent on the material resources available in the State party. 5. States parties are invited to indicate in their reports to what extent they are applying the relevant United Nations standards applicable to the treatment of prisoners: the Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (1957), the Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment (1988), the Code of Conduct for Law Enforcement Officials (1978) and the Principles of Medical Ethics relevant to the Role of Health Personnel, particularly Physicians, in the Protection of Prisoners and Detainees against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (1982).

> aplicáveis ao tratamento de prisioneiros: As Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros (1957), o Corpo de Princípios pra a Proteção de Todas as Pessoas sob Qualquer Forma de Detenção ou Prisão (1988), o Código de Conduta para Policiais (Law Enforcement Officials) (1978) e os Princípios de Ética Médica pertinentes ao Papel dos Profissionais da Saúde, particularmente Médicos, na Proteção aos Prisioneiros e Detidos contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1982).

Vê-se que as pessoas presas "não podem ser sujeitas a sofrimento ou constrangimento que não aquele resultante da privação da liberdade", devendo ser tratadas "com humanidade e com respeito por sua dignidade". Tudo isto "como um mínimo", o qual "não pode depender de recursos materiais disponíveis no Estado-parte". Daí que, entre outros balizamentos, há de serem observadas as "As Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros", da ONU.

Assim, a criminalização da conduta de submeter "pessoa presa ou sujeita à medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal", há de ser entendida como submeter pessoa presa ou sujeita à medida de segurança, a tratamento desumano, degradante ou cruel, que esteja em discrepância com as regras mínimas, definidas no âmbito da ONU.

Na Lei nº 9.455/97, a desumanidade, degradação ou crueldade, contudo, não assumem a intensidade da tortura, nem carregam a mesma motivação.

Fazendo a correspondência com as regras penais e processuais penais vigentes no Brasil, é de se observar, desde logo, o contido no art. 38, do Código Penal, segundo o qual "o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral".

Em geral, pode-se dizer que os arts. 38 e 39, da Lei 7.210/84, revelam quais os direitos atingidos pela perda da liberdade:

> Art. 38. Cumpre ao condenado, além das obrigações legais inerentes ao seu estado, submeter-se às normas de execução da pena.
> Art. 39. Constituem deveres do condenado:
> I - comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença;
> II - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;

> III - urbanidade e respeito no trato com os demais condenados;
> IV - conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina;
> V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;
> VI - submissão à sanção disciplinar imposta;
> VII - indenização à vítima ou aos seus sucessores;
> VIII - indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho;
> IX - higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento;
> X - conservação dos objetos de uso pessoal.
> Parágrafo único. Aplica-se ao preso provisório, no que couber, o disposto neste artigo.

Por outro lado, há de se respeitar, como direito da pessoa presa ou submetida à medida de segurança:

> Art. 40. Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.
> Art. 41. Constituem direitos do preso:
> I - alimentação suficiente e vestuário;
> II - atribuição de trabalho e sua remuneração;
> III - previdência social;
> IV - constituição de pecúlio;
> V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
> VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
> VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
> VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
> IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;
> X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
> XI - chamamento nominal;
> XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;
> XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;
> XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;
> XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.
> XVI - atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.
> Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivador do diretor do estabelecimento.
> Art. 42. Aplica-se ao preso provisório e ao submetido à medida de segurança, no que couber, o disposto nesta Seção.

É particularmente relevante observar os direitos que asseguram aos presos e internados o respeito à sua integridade física e moral.

É conseqüência normal, por exemplo, o encarceramento do condenado à pena privativa de liberdade, bem assim a convivência forçada com outros presos ou detentos. Também é conseqüência normal o cumprimento das regras disciplinares, que limitam os horários de visitas, e de acesso a áreas livres, para banhos de sol, etc. Ainda, o uso de algemas, embora de tudo isso possa resultar maior ou menor grau sofrimento e angústia.

No que diz respeito às medidas de segurança, de acordo com o art. 96, do Código Penal, elas são de "internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado" (inciso I) ou "sujeição a tratamento ambulatorial" (inciso II), sendo que, "extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta" (parágrafo único).

Ainda, nos termos do art. 97, "se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial".

Para os que são submetidos à medida de segurança, é conseqüência normal a administração de tratamento psiquiátrico[250], com tudo o que isso possa implicar, desde que devidamente justificado pelos protocolos médicos aplicáveis. Embora não tenha sido decidido caso referente a intenso sofrimento provocado pela permanência em hospital psiquiátrico de quem poderia ter mero tratamento ambulatorial, tal desrespeito significou constrangimento ilegal[251].

---

250 "A medida de segurança, enquanto resposta penal adequada aos casos de exclusão ou de diminuição de culpabilidade previstos no artigo 26, caput e parágrafo único, do Código Penal, deve ajustar-se, em espécie, à natureza do tratamento de que necessita o agente inimputável ou semi-imputável do fato-crime. 2. É o que resulta da letra do artigo 98 do Código Penal, ao determinar que, em necessitando o condenado a pena de prisão de especial tratamento curativo, seja imposta, em substituição, a medida de segurança de tratamento compulsório, em regime de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou em regime ambulatorial, atendida sempre, por implícito, a necessidade social. 3. Tais regimes alternativos da internação, com efeito, deferidos ao semi-imputável apenado com prisão que necessita de tratamento curativo, a um só tempo, certificam a exigência legal do ajustamento da medida de segurança ao estado do homem autor do fato-crime e determinam, na interpretação do regime legal das medidas de segurança, [sob] pena de contradição incompatível com o sistema, que se afirme a natureza relativa da presunção de necessidade do regime de internação para o tratamento do inimputável. 4. Recurso Especial improvido." (STJ – RESP 324091 – SP – 6ª T. – Rel. Min. Hamilton Carvalhido – DJU 09.02.2004 – p. 00211) .

251 "Alegação de constrangimento ilegal em face do paciente estar internado em um hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, haja vista que o crime imputado a ele encontra-se amparado pela Lei nº 9.099/95. Requer a aplicação de pena não privativa de liberdade, alegando que a permanência naquele nosocômio acarretará danos irreparáveis à sua saúde mental. Parecer psicológico favorável a desinternação. Ordem concedida. Decisão unânime." (TJPE – HC 87355–2 – Rel. Des. Nildo Nery – DJPE 05.11.2002). No mesmo sentido: Consiste [em] constrangimento ilegal a permanência do réu inimputável em presídio comum, sob o regime fechado, devendo a medida de segurança detentiva

Caso essa internação resultasse do desejo de produzir intenso sofrimento mental, poderia ser alegada tortura.

O tipo previsto no art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.455/97, não tem sido compreendido pelos juristas em geral, nem pelos tribunais. Os juristas não têm conseguido distinguir como um tipo diferenciado dos previstos nos incisos I e II, do art. 1º, da Lei nº 9.455/97. E os tribunais, mesmo para situações subsumíveis no tipo previsto no art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.455/97 (subjugação de preso ou internado a medida não prevista ou não autorizada em lei), exigem os elementos dos incisos I ou II, do art. 1º, da Lei nº 9.455/97, e, não encontrando, desclassificam para o delito de abuso de autoridade, a conseqüência normal sendo, face à reduzida pena, o reconhecimento – até mesmo de ofício – da prescrição da pretensão punitiva.

Julgando a Apelação Criminal Nº 1.0155.02.002239-0/001, da Comarca de Caxambu, em 17 de março de 2005, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, tendo como Relator o Des. Reynaldo Ximenes Carneiro, proclamou:

> Crime de tortura. Para a aplicação das sanções, necessário saber o que se entende por tortura física e tortura psíquica, tomando-se por base um conceito científico, que no presente caso, não se encaixa ao delito. Crime de racismo. Prova dos autos que não autoriza a conclusão segura de que o apelante tenha infligido sofrimento em razão de raça ou tenha expressado preconceito de cor e raça, preconizado na Lei 7.716/89 em seu art. 20. Crime de abuso de autoridade capitulado no art. 4º, letra 'b', da Lei 4.898/65 - abuso de autoridade - ao submeter pessoa sob sua guarda a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei, bem como a sua submissão a agressões físicas e constrangimentos. Comprovação do delito. 'Emendatio Libelli'. Possibilidade. Desclassificação que ora se reconhece no Juízo 'ad quem' por não se achar de modo algum impedida. Denúncia que descreve perfeitamente a hipótese em relação à qual se procederá à desclassificação. Desclassificação realizada. Pena máxima prevista para o crime inferior a um ano. Prescrição reconhecida a teor do art. 109, VI do CP. Extinção de punibilidade - art. 107, IV do CP. Recurso provido.

---

ser cumprida em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, sendo certo que caso não seja possível a sua transferência, independentemente de sua colocação em lista de espera, deve ser submetido a tratamento ambulatorial, até que surja vaga em estabelecimento adequado." (TACRIMSP – HC 388154/4 – 11ª C. – Rel. Juiz Wilson Barreira – DOESP 29.11.2001).

Do corpo do voto, é possível extrair a discussão seguinte, que ajuda a compreender o contexto fático em que se desenvolveu a ação, e que conduta estava sob julgamento:

> Para que restasse configurado o crime de tortura, a violência praticada pelo ofensor deveria ter a finalidade de obter alguma informação, ou provocar ação ou omissão de natureza criminosa, ou ser realizada em razão de discriminação racial ou religiosa (art. 1º, I, a, b, c, da Lei nº 9.455/97), ou, ainda, ter causado intenso sofrimento físico ou mental à vítima como forma de aplicar-lhe castigo pessoal ou medida de caráter preventivo (art. 1º, II, da Lei nº 9.455/97).
>
> Do exame que fiz da prova produzida nos autos, não me parece que a conduta do réu se amolde a quaisquer dos dispositivos legais que definem o crime de tortura, por não ter sido dirigida a quaisquer das finalidades descritas na Lei nº 9.455/97, nem praticada nas circunstâncias nela previstas.
>
> É de se registrar que, na denúncia, sequer está narrado que o réu se utilizou de violência como forma de aplicar castigo pessoal à vítima ou medida de caráter preventivo. O reconhecimento da conduta descrita no art. 1º, II, da Lei nº 9.455/97 configuraria, então, verdadeira mutatio libeli, o que não se admite em segundo grau de jurisdição.
>
> Restou demonstrado nos autos que a vítima sofreu ofensa à sua incolumidade física, além de ter sido submetido a constrangimento enquanto esteve sob a guarda do réu. Entendo, por conseguinte, que a conduta praticada pelo réu se amolda com perfeição à descrita na Lei nº 4.898/65, art. 3º 'i' e art. 4º, 'b' (abuso de autoridade).

O Tribunal procedeu à desclassificação para a conduta descrita no art. 4º, "b", da Lei nº 4.898/65 – abuso de autoridade - e reconheceu a ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição.

Pronunciamento assemelhado teve o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao proferir o Acórdão 00717811, na Apelação Criminal nº 388.206-3/2, da Comarca de Ribeirão Bonito, em que foi Relator o Des. Leme de Campos, em julgamento da Terceira Câmara Criminal Extraordinária.

No corpo do voto, os fatos demonstrados no processo são como seguem:

> Agora, no que se refere à materialidade do delito de tortura, esta em tese estaria fundada nas declarações das vitimas e laudos de exame de corpo de delito. Quanto à autoria, consta que, nas condições de tempo e lugar descritas na inicial acusatória, os réus, agindo de comum acordo e identidade de propósitos com outro policial militar não identificado,

abusaram de suas autoridades atentando contra incolurnidade física dos presos [...], chegando a provocar em alguns lesões corporais de natureza leve, pois lhes desferiram vários golpes de cassetete, socos e pontapés, sendo certo que com a mesma intenção torturaram estas vitimas, submetendo-as a sofrimento físico e mental, por intermédio da prática de as fazerem comer terra e colocá-las em uma cela chamada 'corró', sem iluminação e ventilação, de tamanho reduzido para sete pessoas, adotando, assim, procedimento não previsto na Lei de Execuções Penais.
A ação por parte dos réus teria iniciado porque o co-réu Clovis, carcereiro, ao entrar na cela de número 07, onde estavam os ofendidos, descobriu um túnel escavado no solo, que seria usado como rota de fuga.

Na análise da denúncia despreza-se o abuso de autoridade, diante do reconhecimento da prescriçào, passando-se somente à verificação da ocorrência. ou não do crime de tortura.
Neste sentido, evidencia-se pelo bojo probatório, que a prova não é estreme de dúvidas para caracterizar esta conduta lícita. Frise-se que as vítimas dizem que foram obrigadas a comer terra e colocadas em 'corró', local sem ventilação e sem iluminação, de tamanho reduzido a não permitir o acondicionamento de sete pessoas.
Suas alegações foram infirmadas pelo réus, ressaltando que Clóvis, admite só tê-los colocado no 'corró', mas acatando ordem superior, emanada da autoridade policial e que teriam sido colocados somente quatro em um desses locais e os outros em outro corróH e que em conformidade com o delegado de Policia, só ficariam ali no final de semana e quanto ao resto das acusações nega-as (fis. 21 1i212).
Quanto ao co-réu às fis. 213 nega qualquer participação no evento, reproduzindo que foi chamado a ocorrência de tentativa de fuga, pennanecendo no efeito de vigilância.
Diante da conflitância de informações, não há suporte para o decreto condenatório, mormente ante a ausência de testemunha presencial, que não estivesse diretamente ligada aos fatos, para poder aclarar se realmente teria acontecido a imposição das vítimas a virem a comer terra. Daí, diante da incerteza, se impõe a aplicação do brocardo 'in dubio pro réu.
No referente à colocação em 'corró', também há dúvidas se todos foram colocados em um só deles, corno apregoam os infortunados, ou se efetivamente foram dispostos em dois destes recintos, corno salientou o co-réu Clóvis.
Não obstante, esta colisão de 'versões, deduz-se que efetivamente a ordem para serem colocados no corró' teria sido formulada pelo Dr. Delegado Nelson Henrique Júnior, conclusão dedutível. pelo que informou s fis, 342 onde mencionoui que os próprios presos teriam preferido ficar naquele recinto,
Destarte, não se cuidando de ordem ilegal, não há como apenar os réus, porque, a rigor estariam estritamente a cumprir aquela determinação.
Não obstante a consideração acima, tem-se que em conformidade com o oficio de fis. 216/217, justificou-se a necessidade de coloca-los naquele local, contemplando, desse modo, o que toda a sociedade conhece, ou seja, a falência carcerária do país
De outra parte, poderia se entender que as agressões físicas tipificariam a tortura, isto dando-se maior elastério à denúncia, porque nesta peça as agressões fazem parte do crime de abuso de autoridade.
Mesmo admitindo que as agressões seriam provenientes das agressões imprímidas por cassetete, socos e pontapés, não se logrou demonstrar que as pequenas lesões constatadas nos laudos de exame de corpo de delito tivessem o intuito de tortura. Na verdade os atos, mais se ajustam como castigo e, **poderiam se consubstanciar em maus tratos**, mas não em tortura. (grifo nosso)

Os réus, um deles carcereiro,

> abusaram de suas autoridades atentando contra incolumidade física dos presos [...], chegando a provocar em alguns lesões corporais de natureza leve, pois lhes desferiram vários golpes de cassetete, socos e pontapés, sendo certo que com a mesma intenção torturaram estas vitimas, submetendo-as a sofrimento físico e mental, por intermédio da prática de as fazerem comer terra e colocá-las em uma cela chamada 'corro', sem iluminação e ventilação, de tamanho reduzido para sete pessoas. [Tais atos] [...] mais se ajustam como castigo e, poderiam se consubstanciar em maus tratos, mas não em tortura.

Como visto, os tribunais não conseguem identificar na Lei nº 9.455/97 a especificidade do § 1º, do art. 1º, segundo o qual tratamento desumano, degradante ou cruel – a que a lei brasileira costuma mais frequentemente chamar de "maus tratos" - a presos se constitui modalidade de tortura.

Questão final, que merece atenção, é examinar se as condições prisionais, em geral, podem ensejar reconhecimento de violação às proibições de tortura e tratamento ou pena desumanos, degradantes ou cruéis, previstas em tratados internacionais de direitos humanos, e, por outro lado, se poderiam constituir crime de tortura, no tipo previsto no art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.455/97.

Para Valéria Diez Scarance Fernandes Goulart, as péssimas condições prisionais *não* se constituem tortura nem maus tratos, mas conseqüência "da própria perda da liberdade e da deficiência do sistema". Segundo entende,

> Na atualidade, a pena de prisão e a medida de segurança causam grande sofrimento ao agente. A situação das penitenciárias e das cadeias superlotadas, com péssimas instalações sanitárias e falta de higiene provocam sofrimento além do normal em presos. O mesmo ocorre com a internação de um doente mental em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico.
> Entretanto, esse tipo de sofrimento não caracteriza tortura, posto que resulta da própria perda de liberdade e da deficiência do sistema. Somente haverá tortura quando o ato praticado não for inerente ao cumprimento de pena nem à execução de medida de segurança e não tiver previsão legal.[252]

A resposta talvez não seja tão imediata nem fácil assim.

---

[252] GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. **Tortura e Prova no Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 67.

Não há a menor dúvida de que as péssimas condições prisionais a que as pessoas condenadas ou que aguardam julgamento estão submetidas, no Brasil, em geral, têm sido identificadas como graves violações a direitos humanos, por vários órgãos internacionais de monitoramento. Para ficar nos mais óbvios, o Comitê de Direitos Humanos da ONU, o Relator Especial Contra a Tortura da ONU, o Comitê Contra a Tortura da ONU, e as Comissão e Corte Interamericanas de Direitos Humanos da OEA já chegaram a essa conclusão.

As péssimas condições prisionais não são uma fatalidade, mas uma opção política do Estado, de não investir no melhoramento e aprimoramento do mesmo.

É relevante lembrar o Comentário Geral nº 21[253], do Comitê de Direitos Humanos, que interpretou o conteúdo do artigo 10 e as obrigações dos Estados daí decorrentes. No que interessa, disse:

> 4. Tratar as pessoas privadas de sua liberdade com humanidade e com respeito por sua dignidade é uma regra fundamental universalmente aplicável. Consequentemente, a aplicação dessa regra, como um mínimo, não pode depender de recursos materiais disponíveis no Estado-parte.

Na mesma linha, agiu o Comitê Contra a Tortura, ainda recentemente, ao examinar o Relatório da Albânia.

Após expressar preocupação com as "precárias condições de detenção e período longo de detenção antes do julgamento", recomendou à Albânia

> aprimorar as condições dos lugares de detenção, assegurando que elas se conformem aos padrões mínimos internacionais; adotar as medidas necessárias para reduzir o período de detenção antes do julgamento; e continuar a enfrentar o problema da superpopulação nos lugares de detenção. [254] (tradução nossa)

---

[253] UNITED NATIONS. Human Rights Committee. General Comment No. 21: Replaces general comment 9 concerning humane treatment of persons deprived of liberty (Art. 10) : 10/04/92. CCPR General Comment No. 21. (General Comments). Forty-fourth session, 1992. No original: 4.Treating all persons deprived of their liberty with humanity and with respect for their dignity is a fundamental and universally applicable rule. Consequently, the application of this rule, as a minimum, cannot be dependent on the material resources available in the State party.

[254] COMITÊ CONTRA A TORTURA. **Conclusões e Recomendações adotadas pelo Comitê Contra a Tortura.** 660ª Sessão, CAT/CO/34/ALB. Disponível em: <www.ohchr.org>. Acesso em 1 jun 2005.

Reconhecer que a situação de superpopulação carcerária e as péssimas condições de salubridade das prisões significam violação a tratados internacionais é um aspecto relevante, mas não suficiente, para reconhecer a ocorrência de crime de tortura, em razão de aplicação de penas ou tratamentos desumanos, degradantes ou cruéis.

Restaria demonstrar o elemento subjetivo – o dolo – bem assim a exigibilidade de conduta diversa.

Dificilmente, o Judiciário chegaria a tanto. Sequer consegue reconhecer como condição extralegal de detração da pena, ou mesmo de alteração do regime prisional.

O Judiciário só tem admitido transferência de estabelecimento de execução penal quando o condenado estiver submetido a "condições prisionais mais severas", aí compreendido apenas um regime prisional mais severo.

Ilustram esse entendimento as decisões adiante transcritas:

> Na falta de vagas em estabelecimento adequado para o cumprimento da pena imposta em regime semi-aberto, não justifica a permanência do condenado em condições prisionais mais severas. Possibilidade de cumprimento de pena em regime domiciliar enquanto não surja vaga em estabelecimento adequado. Embargos acolhidos[255].
> Na linha de precedentes desta Corte a falta de vagas em estabelecimento adequado para o cumprimento da pena imposta em regime semi-aberto não justifica a permanência do condenado em condições prisionais mais severas. Recurso provido para determinar a imediata transferência do paciente para o estabelecimento adequado ao regime semi-aberto ou, persistindo a falta de vagas, assegurar-lhe, em caráter excepcional, o cumprimento da pena em regime aberto, sob as cautelas do Juízo das Execuções, até que surja vaga no estabelecimento prisional adequado[256].

Assim, *per se*,

> A superlotação e as precárias condições dos estabelecimentos prisionais não permite a concessão da liberdade aos sentenciados ou presos provisórios, visto que foram recolhidos por decisões judiciais que

[255] STJ – EDRESP 538362 – SP – 5ª T. – Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca – DJU 08.11.2004 – p. 00271.
[256] STJ – RHC 16058 – SP – 5ª T. – Rel. Min. Felix Fischer – DJU 06.09.2004 – p. 00271.

> observaram o devido processo legal. 3. Ordem denegada, com recomendação[257].

A crise grave no sistema prisional terminou criando uma situação curiosa: sistema de "preferência" de efetivo gozo de uma progressão no regime, não em razão das condições objetivas e subjetivas individuais, mas em decorrência de *vaga* em unidade do sistema prisional, próprio para execução da pena no regime mais brando:

> REGIME PRISIONAL – PROGRESSÃO – Decisão que dá preferência a um condenado desconsiderando os direitos adquiridos de outros sentenciados, que há tempos aguardam sua vez de aceder a estabelecimentos prisionais adequados à modalidade intermediária. Ilegalidade. Ocorrência. É manifesta a ilegalidade da decisão que concede preferência de progressão ao regime semi-aberto a um condenado desconsiderando os direitos adquiridos de outros sentenciados, que há tempos aguardam sua vez de aceder a estabelecimentos prisionais adequados à modalidade intermediária, máxime quando há libertação de autor de crime grave, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa[258].

Finalmente, o Judiciário não considera, per se, ilegal a presença de um preso nas condições carcerárias absolutamente desumanas, preferindo fechar-se na compreensão de que tal discussão não envolve "ilegalidade estrito senso da prisão", antes, "exigem decisões políticas, que refogem ao âmbito do Poder Judiciário". Não se comprometendo com o resultado de sua decisão[259], o Judiciário segue julgando, condenando, e executando a pena em condições que contrariam, objetivamente, a legalidade, por violar a Lei das Execuções Penais e as obrigações assumidas pelo Estado perante a comunidade internacional.

---

[257] STJ – HC 34316 – RJ – 5ª T. – Relª Min. Laurita Vaz – DJU 25.10.2004 – p. 00370.

[258] TACRIMSP – HC 394108/5 – 7ª C. – Rel. Juiz Souza Nery – DOESP 19.11.2001.

[259] É revelador desse modo de entender o julgamento proferido pelo Eg. Tribunal de Justiça de Pernambuco: "Habeas corpus liberatório em favor de paciente condenado pela prática de roubo duplamente qualificado. Alegação de que o presídio em que se encontra o paciente não está em condições condizentes com as prescrições constitucionais e legais, tendo em vista a situação de superlotação, ociosidade, insegurança, condições precárias de higiene e de saúde, dentre outras. Pedido de relaxamento da sua prisão, com a conseqüente expedição de alvará de soltura ou, alternativamente, a concessão de regime domiciliar ou, ainda, o encaminhamento do paciente a outro estabelecimento prisional. Alegação que não diz respeito à ilegalidade estrito senso da prisão ou abuso de autoridade praticado pelas autoridades apontadas como coatoras. As condições precaríssimas das unidades prisionais exigem decisões políticas, que refogem ao âmbito do poder judiciário. Mudança de regime prisional. A análise dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos para a mudança de regime prisional é reservada pela lei ao juiz encarregado da execução penal. Impossível analisar o cabimento dos benefícios através da via estreita do habeas corpus. Ordem denegada. Decisão unânime". (TJPE – HC 110720-2 – Rel. Des. Og Fernandes – DJPE 19.08.2004)

7.1.7 Omissão de evitar ou apurar tortura

Diz o art. 1º, § 2º, da Lei nº 9.455/97, que "Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos".

Examinaremos essa questão, no direito brasileiro, ao abordarmos a figura típica referida no *§ 2º* do artigo 1º, da Lei 9.455/97: "Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos".

Aqui há possibilidade de omissão em duas situações distintas: quem, tendo o dever de evitar a prática da tortura, omite-se; e quem, tendo o dever de apurar a prática da tortura, omite-se.

O Código Penal, em seu artigo 13, dispõe que "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."

Já o § 2º, desse artigo, determina:

> § 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.

A omissão implica responsabilização de quem tinha *o* dever de evitar e não evitou ou *o* dever de apurar e não apurou.

O § 2º, do art. 1º, traz hipótese de crime omissivo próprio. Nesse, cabe ao Ministério Público provar

> [...] que o agente se omitiu de realizar uma ação emanada de um dever jurídico, com a possibilidade de agir daquele modo determinado. [...] se dá a consumação nos delitos omissivos próprios com o mero descumprimento de um dever de agir, implicitamente determinado pela norma, sendo seu pressuposto a concreta possibilidade de realização da conduta[260]

Esses aspectos da lei ainda restam pouco explorados. E podem sê-lo e em muito, especialmente para exigir de autoridades policiais superiores, de autoridades judiciais e do Ministério Público a requisição das competentes investigações, com o necessário acompanhamento. Não se faz necessário demonstrar conivência ou prevaricação. Basta objetivamente demonstrar que a autoridade que tinha o dever de evitar não evitou ou a que tinha o dever de apurar não apurou. Este, com efeito, foi o entendimento a que chegou o Tribunal de Justiça do Amapá:

> [...] nos termos do art. 1º, I, § 2º, da Lei nº 9.455/97, é de ser reconhecer a conduta omissiva do agente que tinha o dever de evitar a tortura, e não a evitou. Não se faz necessária a demonstração da conivência e prevaricação do omitente; [...][261].

Jakobs Günther observa que toda ordem social exige de seus membros o dever que se impõe a toda pessoa de não causar danos a outrem. Se tal proibição afigura-se como "uma relação negativa", sustenta que tal "reflete por sua parte uma relação positiva, a saber, o reconhecimento do outro como pessoa "[262].

Acrescenta, ainda, que o ordenamento social "pode conter também o dever de proporcionar ajuda a outra pessoa, de construir com ela – de forma parcial – um mundo em comum e, desta forma, de assumir perante ela uma relação positiva." E completa:

> Os crimes que resultam do âmbito de um dever positivo chamam-se *crimes de infração de dever* e somente podem ser cometidos pelo titular de um

---

[260] TRF 2ª R. – ACr 2000.02.01.009014-5 – 6ª T. – Rel. Des. Fed. Poul Erik Dyrlund – DJU 08.09.2004 – p. 178/179.

[261] TJAP – ACr 1.767/03 – Rel Des. Raimundo Vales – J. 21.06.2004.

[262] JAKOBS, Günther. **Ação e omissão no Direito Penal.** Barueri (SP): Manole, 2003. p. 2.

> determinado *status*, por uma pessoa obrigada precisamente de forma positiva.[263]

Exemplifica com a situação dos deveres de policiais, que têm por missão assegurar a integridade física e patrimonial das pessoas:

> Um policial está positivamente obrigado, o que quer dizer, à guisa de exemplo, que ele é o autor (delito de infração de dever) de um delito de lesões quando não impede que várias pessoas agridam outra, vítima delas, quando poderia fazê-lo e não tivesse de cumprir outros deveres prioritários.[264]

Franz Liszt esclarece que

> Omissão é, em geral, o não impedimento de uma ação determinada e *esperada.* Omitir é verbo transitivo: não significa deixar de fazer de um modo absoluto, mas deixar de fazer *alguma coisa,* e, na verdade, o que era esperado.

E que

> O Direito só se ocupa com a omissão *injurídica*. Ela é injurídica quando há um dever jurídico que obriga a operar. Non facere quod debet facere, podemos dizer com a L. 4, D., 42, 8, de toda pessoa que incorre em omissão.[265]

A isto corresponderia a situação de responder pelo fato de não impedir que a tortura ocorresse.

A omissão injurídica pode ser tanto do agente público como do particular. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais teve oportunidade de examinar hipótese em que um tio, que tinha a "guarda de fato" sobre o sobrinho – abandonado pela mãe em casa daquele – foi condenado por omissão em evitar que sua amásia (dele, tio) espancasse a criança. O acórdão traz a seguinte ementa:

> EMENTA: Tortura. Hediondo. Menor. Violência. Guarda. Crime comissivo. Crime omissivo impróprio. Caracterização. Pena alternativa. Admissibilidade. I- Havendo a Lei 9.455/97 (Lei de Tortura) admitido a progressão do regime prisional para os crimes de tortura, excepcionando nesse ponto a Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos), aplica-se àquela o

---

[263] JAKOBS, Günther. **Ação e omissão no Direito Penal.** Barueri (SP): Manole, 2003. p. 7.
[264] JAKOBS, Günther. **Ação e omissão no Direito Penal.** Barueri (SP): Manole, 2003. p. 22.
[265] LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Russell Editores, 2003. Tomo I. p. 228.

> disposto no art. 12 do Código Penal naquilo que não dispuser de modo diverso a lei especial (Lei 9.455/97). Assim, a aplicação de penas alternativas (Lei 9.714/98), nesses casos, é viável se se tratar do crime de tortura comissivo por omissão previsto no art. 1º, II, § 2º, da Lei 9.455/97, sujeito a pena de detenção, praticado sem violência e grave ameaça, salvo se não estiverem presentes os demais pressupostos objetivos e subjetivos da substituição da pena previstos no art. 44, do Código Penal. II- É típica a conduta de quem tendo a guarda, poder ou autoridade sobre menor, submete-o a intenso sofrimento físico com emprego de violência, causando graves seqüelas na criança. [266]

Por outro lado, os deveres de investigar as práticas de tortura e tratamento desumano, degradante ou cruel, decorrem de normas internacionais. Estão implícitos no art. 7º, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, e expressamente referidos no art. 12, da Convenção para Prevenção e Punição da Tortura e de Outras Penas ou Tratamentos Desumanos, Degradantes ou Cruéis:

> Artigo12. Cada Estado Parte assegurará que as suas autoridades competentes procederão a uma investigação rápida e imparcial sempre que houver motivos suficientes para se crer que um ato de tortura tenha sido cometido em qualquer território a sob sua jurisdição.

O Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, órgão de monitoramento do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, examinando o caso *Valcada vs. Uruguay*, considerou que, havendo alegação fundada de prática de tortura, com indicação dos nomes das pessoas responsáveis, o Estado não pode refutar tais acusações com meras alegações genéricas. Antes, tem o dever de investigar e apurar. Alguns dos membros do Comitê chegaram mesmo a afirmar que, como o Estado havia descumprido seu dever de investigar, estaria violando as obrigações decorrentes do artigo 7º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – PIDCP.[267]

---

[266] Segunda câmara criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação criminal (apelante) nº 000.156.635-5/00 - comarca de Frutal - apelante(s): Juarez Roseno da Silva - apelado(s): Ministério Público estado Minas Gerais, pj 2 v com Frutal - relator: Exmo. Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro. Belo Horizonte, 25 de novembro de 1999. Publicação 1 de dezembro de 1999.

[267] MCGOLDRICK, Dominic. **The Human Rights Committee.** Oxford: Clarendon, 1994. p. 375.

O tema foi objeto de Comentário Geral do Comitê. O Comentário Geral nº 20, aprovado na 48ª Sessão, em 1992, traz, em seu parágrafo 14: "As queixas devem ser investigadas pronta e imparcialmente pelas autoridades competentes de modo a tornar efetivo o remédio jurídico"[268].

Ainda recentemente, editando o Comentário Geral 31, no qual aborda "A Natureza das Obrigações Legais Gerais Impostas aos Estados-Parte do Pacto", o Comitê de Direitos Humanos disse, no parágrafo 15:

> 15. O parágrafo 3 do artigo 2 do Pacto requer, ao lado da efetiva proteção dos direitos previstos no Pacto, que os Estados-parte também assegurarem que os indivíduos tenham remédios acessíveis e efetivos para vindicar tais direitos. Tais remédios jurídicos deveriam ser apropriadamente adaptados de modo a levar em conta a especial vulnerabilidade de certas categorias de pessoas, incluindo, em particular, crianças. O Comitê dá importância ao fato de os Estados-parte estabelecerem mecanismos administrativos e judiciais para queixas de violações a direitos no direito doméstico. O Comitê nota que o gozo dos direitos reconhecidos sob o Pacto podem ser assegurados pelo Judiciário de muitas maneiras, incluindo aplicação direta do Pacto, aplicação de provisões constitucionais ou legais comparáveis, ou conferindo efeito interpretativo da Convenção sobre a legislação doméstica. Mecanismos administrativos são particularmente exigidos para dar efeito à obrigação geral de investigar alegações de violações prontamente, de modo completo e efetivo, através de órgãos independentes e imparciais. Instituições nacionais de direitos humanos, dotadas dos poderes próprios, podem contribuir para tal objetivo. Um fracasso do Estado-parte em investigar alegações de violações pode, em si mesmo, dar margem a uma violação específica do Pacto. A cessação de violações em curso é um elemento essencial do direito a um remédio efetivo[269]. (tradução nossa)

O Comentário aponta a necessidade de uma investigação pronta, completa e efetiva, por um órgão imparcial e independente, atribuindo também ao Judiciário papel de relevo na garantia do cumprimento desse direito.

No direito interno, também há a obrigação de investigar. O Código de Processo Penal, nos arts. 4º e 6º, determina:

---

[268] UNITED NATIONS. Human Rights Committee. General Comment No. 20: Replaces general comment 7concerning prohibition of torture and cruel treatment or punishment (Art. 7) : . 10/03/92. CCPR General Comment No. 20. (General Comments). Forty-fourth session, 1992. No original: 14. Complaints must be investigated promptly and impartially by competent authorities so as to make the remedy effective. Acesso em janeiro de 2005 http://www.unhchr.ch/.

[269] UNITED NATIONS. Human Rights Committee. **The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant.** CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (General Comments), 26 maio 2004. Disponível em: www.unhchr.ch. Acesso em: 20 mar. 2005.

> Art. 4º. A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.
> Art. 6º. Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:
> I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;
> II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;
> III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;
> IV - ouvir o ofendido;
> V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por 2 (duas) testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;
> VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;
> VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;
> VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;
> IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuírem para a apreciação do seu temperamento e caráter.

O Superior Tribunal de Justiça teve oportunidade de examinar a aplicação do § 2º, do art. 1º, da Lei 9.455/97, embora de modo limitado, já que observando a presença ou não de fatores que ensejariam a competência da Justiça Federal. Trata-se do caso envolvendo a tortura e morte do cidadão chinês Chan Kim Chang, em dependências do Presídio Ary Franco.

Decidindo o Conflito de Competência Nº. 40.666 – RJ (2003/0199920-7), em julgamento proferido em 10/03/2004**,** tendo sido Relator o Ministro Jorge Scartezzini, o Superior Tribunal de Justiça concluiu:

> **MORTE DO RÉU – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.**
> 1 – A discussão competencial – como salientado pelo suscitante – surgiu em virtude da prática, entre os delitos, do crime de falsidade ideológica (art. 299, do CP) perpetrado contra ordem emanada do D. Juízo Federal, que determinou a imediata condução ao Hospital Central Penitenciário, tendo o então Diretor daquele estabelecimento prisional declarado falsamente, no verso do alvará de soltura, que o preso já havia sido encaminhado, quando, na verdade, ele se encontrava agonizando na sala de triagem do Presídio. Entendeu o Suscitante que tal fato estaria conexo com os demais delitos, o que atrairia sua competência para o processo e julgamento do feito.
> 2 – Ora, tendo **Chan Kim Chang** sido preso em flagrante pelo cometimento do crime de evasão de divisas, cuja a competência, incontroversamente, é federal, ex vi art. 109, IV, da Constituição Federal, a sua custódia estava a cargo da União que, através da Polícia Federal, efetuou o flagrante, cabendo-lhe zelar por sua integridade física. A sua condução para o Presídio *Ary Franco* somente se deu em razão da inexistência de estabelecimento de Custódia Federal no estado do Rio de Janeiro.

> Dessarte, todo o desenrolar do evento delituoso, conquanto tenha sido perpetrado por agentes públicos estaduais, estes se encontravam, no caso, agindo como auxiliares da Justiça Federal Criminal do Estado do Rio de Janeiro. A atividade, preponderante de regime administrativo de preservação e manutenção da integridade física de pessoas sob custódia do Estado é de natureza contínua, não podendo, pelo fato de inexistir Casa de Custódia Federal, deixar de ser observada. (grifo nosso)

No corpo do Acórdão, lê-se a narrativa dos fatos, que produzem interesse para exame do dispositivo legal em comento:

> Cuida-se de **Conflito Positivo de Competência** instaurado entre o *MM. Juízo Federal da 4º Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro/RJ,* **ora suscitante**_(Proc. nº 2003.510155770-1), em face do *MM. Juízo de Direito da 19ª Vara Criminal do Rio de Janeiro/RJ*, **ora suscitado** (Proc. nº 2003.001.107485-6), objetivando o processamento e julgamento de Everson Azevedo Motta e Outros, por crimes de tortura, omissão quanto à prática de tortura, falsidade ideológica e favorecimento pessoal, nos quais resultaram na morte do cidadão chinês Chan Kim Chang.[...].
> [...] a vítima foi presa em flagrante delito por agentes da Polícia Federal.
> Foi encaminhada ao Presídio Estadual *Ary Franco*, no dia 26/08/2003, devido à inexistência de Casa de Custódia Federal naquele Estado. Ali, Chan Kim Chang sofreu inúmeras agressões que acabaram por causar a sua morte. O quadro fático que se desenrolou após sua prisão foi o seguinte (fls. 07/12), verbis:
> '...(omissis).
> Chang foi pouco cooperativo com os seus condutores desde sua passagem pelo IML, o que levou sua escolta da Polícia Federal a algemá-lo e amarrar sua pernas com a bandoleira de uma de suas armas.
> Seu comportamento pouco cooperativo continuou quando da sua internação no Presídio Ary Franco no dia 26/08/2003, tendo sido necessário iludi-lo para efetuar sua condução até a cela que lhe fora destinada, não tendo ocorrido maiores incidentes nesse dia, dos quais se tenha notícia.
> O denunciado MOTTA (EVERSON AZEVEDO), agente penitenciário, foi à sala da inspetora e pegou um bastão de madeira, apelidado pelos agentes penitenciários de 'direitos humanos', e deu início à tortura, ao voltar para a sala da disciplina dizendo: 'agora vamos ver se ele tira ou não tira as fotos', impondo evidente sofrimento mental a Chang.
> A partir desse momento, Chang começou a ser submetido também a intenso sofrimento físico provocado pelos agentes penitenciários que o guardavam, os denunciados MOTTA e SARMENTO, que o submeteram a uma seção de espancamento dentro da sala de disciplina, como forma de castigo por sua atitude pouco cooperativa.
> Na seqüência do evento criminoso, o denunciado MOTTA chutou fortemente e várias vezes Chang para fora da sala de disciplina, deixando-o agachado perto da porta, mas ainda dentro da sala de disciplina.
> O denunciado MOTTA desferiu uma joelhada no tronco de Chang, o que o derrubou no hall de acesso à sala de inspetoria.
> Ajoelhou-se sobre a vítima.
> Três presos que estavam no local desferiram com violência chutes e pontapés em Chang, o que o levou a se contorcer e gritar de dor.
> Os presos em questão são aqueles chamados vulgarmente no sistema penitenciário de 'presipes', alusão à sigla DESIPE, que colaboram com os agentes penitenciários no controle dos demais presos.
> Chutou sua mão.
> Assistiam à cena, sem esboçar qualquer reação em defesa da vítima e, portanto, emprestando estímulo moral para a ação dos agressores, os

> denunciados ALBERTO (CARLOS ALBERTO DE SOUZA RODRIGUES) e CORREA (CARLOS LUIZ), ambos agentes penitenciários.
> No interior da 'gaiola', Chang, ainda consciente, arrebentou um cano de PVC que passa no local e passou a jogar água para fora da sela, molhando a sala da inspetoria, o que levou MOTTA a pegar o porrete que fora deixado na sala de disciplina e a desferir um último golpe na cabeça de Chang, o que levou a vítima ao chão.
> Desse momento em diante, Chang permaneceu prostado na 'gaiola' por cerca de quatro horas até que fosse providenciado o socorro médico.
> O denunciado LUIZ GUSTAVO MATIAS SILVA, então diretor do Presídio Ary Franco, por sua vez, presente no presídio na noite dos fatos e tendo tomado conhecimento do ocorrido, não só se omitiu em determinar a sua apuração, bem como auxiliou seus autores a se subtraírem à ação da autoridade pública, permitindo que fossem desfeitos os sinais sensíveis do delito. (grifo nosso)

Houve omissão de alguns agentes penitenciários, que assistiam à cena, "sem esboçar qualquer reação em defesa da vítima". Maior ênfase merece precisamente esse parágrafo final: o diretor do Presídio, presente na unidade prisional na noite dos fatos, tendo tomado conhecimento, nada fez para apurar. Daí que respondem – sem prejuízo de imputação de outras práticas – pelo cometimento do tipo previsto no art. 1º, § 2º, da Lei 9.455/97.

A Convenção contra a Tortura, da ONU, expressamente exige que qualquer pessoa suspeita de ter cometido crime de tortura seja detida pelo tempo necessário para início do processo penal, após ter sido o caso preliminarmente investigado (artigo 6º, seções 1 e 2).

Esse deve ser o procedimento padrão: afastar o acusado de prática fundada de tortura, da situação de autoridade de que estiver investido. A probabilidade, em permanecendo no cargo, de influenciar negativamente na colheita da prova, intimidar testemunhas etc, torna presentes circunstâncias previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal, autorizando a prisão preventiva.

7.4 ELEMENTOS SUBJETIVOS

No direito brasileiro, como regra geral, a punição a um crime exige que sua prática tenha sido dolosa (Código Penal, art. 18, parágrafo único), a menos que o contrário

resulte da própria norma. E um crime é doloso “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo” (Código Penal, art. 18, I).

A lei substantiva penal também descreve o crime culposo, este sendo quando o agente dá causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia (Código Penal, art. 18, II).

7.2.1 Dolo

Não havendo na Lei nº 9.455/97 expressa admissão de modalidades culposas, é de se concluir que, como regra geral, a tortura, no direito brasileiro, exige o dolo como elemento subjetivo para sua configuração.

Valdir Sznick sustenta esse entendimento. Para ele, a tortura na Lei nº 9.455/97 é um

> crime doloso, e na modalidade de dolo específico, para nós dolo motivado, pois se exige um fim, caracterizado pelo inciso I, letras ‘a’, ‘b’ e ‘c’. Há uma finalidade no constrangimento (artigo 1º, I) que são as modalidades que o legislador indica a seguir, ou seja, conseguir um determinado comportamento da vítima. [270]

Analisando os dispositivos da Lei nº 9.455/97, Flávia Camello Teixeira[271] observa que os tipos mencionados no art. 1º, incisos I e II, e § 1º, da norma, são “condutas eminentemente dolosas, isto é, todos são praticados pelo agente com consciência e vontade direcionada ao cometimento da tortura”. Completa afirmando que, “inexistindo previsão legal da omissão culposa, conclui-se que a afigura dolosa é a única admitida, não podendo haver punição, por exemplo, em caso de negligência”.

Assim, há a necessidade de demonstrar o dolo, como elemento subjetivo. E dolo específico, em algumas das hipóteses mencionadas na Lei nº 9.455/97, não havendo dolo específico tão somente no tipo previsto no art. 1º, §§ 1º (submissão de pessoa presa ou sob medida de segurança a medida não prevista em lei) e 2º (omissão do dever de evitar e do dever de apurar).

---

[270] SZNICK, Valdir. **Tortura.** São Paulo: LEUD, 1998. p. 109.
[271] TEIXEIRA, Flávia Camello. **Da Tortura**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 109.

Quanto à demonstração da presença do dolo, razão tem o Ministro Jorge Scartezzini, para quem "não obstante o elemento subjetivo integrar o tipo, a constatação, no plano fático, demanda investigação probatória."[272] O que significa dizer que "o dolo, elemento subjetivo, interno, do crime, não se manifesta no mundo exterior. Sua ocorrência é avaliada pelas circunstâncias do fato."[273]

O conhecimento do fato e suas circunstâncias, portanto, é essencial para identificação não apenas dos elementos objetivos, como também dos elementos subjetivos.

Para Ingeborg Puppe[274], **"**o que decide a respeito da existência de dolo ou culpa é unicamente a disposição interna do autor face da representação do perigo", ou seja, se autor "levar a sério" o perigo, ou o ignora.

A previsibilidade do resultado decorrente da ação do agente pode decidir pela presença do dolo, mesmo que eventual, invés de mera culpa.

Foi, por exemplo, o que considerou o STJ, ao não admitir a excludente de estrito cumprimento do dever legal, quando agente público atira e mata pessoa presa:

> LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE – DESCLASSIFICAÇÃO – HOMICÍDIO CULPOSO – ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL – ARTIGO 284 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – NORMA DE EXCEÇÃO – PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – O artigo 284 do Código de Processo Penal é norma de exceção, enquanto permissiva de emprego de força contra preso, que não admite, por força de sua natureza, interpretação extensiva, somente se permitindo, à luz do direito vigente, o emprego de força, no caso de resistência à prisão ou de tentativa de fuga do preso, hipótese esta que em nada se identifica com aqueloutra de quem, sem haver sido alcançado pela autoridade ou seu agente, põe-se a fugir. 2. Não há falar em estrito cumprimento do dever legal, precisamente porque a Lei proíbe à autoridade, aos seus agentes e a quem quer que seja desfechar tiros de revólver ou pistola contra pessoas em fuga, mais ainda contra quem, devida ou indevidamente, sequer havia sido preso efetivamente. 3. O resultado morte, transcendendo embora o animus laedendi do agente, era plenamente previsível, pela natureza da arma, pelo local do corpo da vítima alvejado e pelas circunstâncias do fato, havendo o recorrido, em boa verdade, tangenciado o dolo eventual.[275]

---

[272] STJ – HC 25593 – MT – 5ª T. – Rel. Min. Jorge Scartezzini – DJU 03.05.2004 – p. 00188.
[273] TJRS – RSE 70007041866 – 1ª C.Crim. – Rel. Des. Ranolfo Vieira – J. 17.12.2003.
[274] PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa.** Barueri (SP): Manole, 2004. p. 52.
[275] STJ – RESP 402419 – RO – 6ª T. – Rel. Min. Hamilton Carvalhido – DJU 15.12.2003 – p. 00413

Mergulhar nos fatos, para identificar, por sua prática se o agente quis o resultado, ou assumiu o risco de produzi-lo, é essencial, na descoberta da presença do dolo, na prática da tortura.

7.5.2 **Propósitos (motivação) [elementos subjetivos do injusto [276]]**

Para a configuração de algumas modalidades típicas de tortura, não é suficiente o assim chamado "dolo genérico", mas a presença de uma vontade motivada, de uma vontade dirigida por um propósito.

Um dos modos de distinguir pena ou tratamento desumano ou cruel da tortura é, ao lado de em ambos haver aplicação deliberada de intenso sofrimento (físico ou mental), haver, nesta, e não naquele, uma motivação para a prática delituosa. A tortura costuma ser tida como delito com motivação. E, nos termos dos incisos I e II do art. 1º da Lei 9.475/97, os motivos para a prática da tortura são obtenção *de* informação, declaração, ou confissão da vítima ou terceira pessoa (art. 1º, inciso I, letra "a"); para provocar ação *ou* omissão de natureza criminosa (art. 1º, inciso I, letra "b"); em decorrência de discriminação (racial ou religiosa) (art. 1º, inciso I, letra "c"); ou para aplicação de castigo pessoal, ou aplicação de medida de caráter preventivo (intimidação). Estas duas últimas situações quando ministradas sobre alguém que esteja sob guarda, poder ou autoridade do perpetrador (art. 1º, inciso II).

7.5.2.1 Obtenção de Confissão

Confissão é a admissão, pela própria pessoa, da veracidade de fatos e informações que lhe são, no contexto, desfavoráveis ou incriminatórias. É a aceitação de validade

[276] Para as situações previstas no art. 1º, § 1º, da Lei 9.455/97 ("§ 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"), entendemos não ter sido incluído *propósito* ou *motivação* no tipo penal. Assim, acolhemos o argumento de Puppe, para quem *"o propósito no sentido psicológico da linguagem cotidiana não poderá ser um elemento do injusto, mas unicamente da culpabilidade"*. PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa.** Barueri (SP): Manole, 2004. p. 132.

ou verdade daquilo que lhe é contrário. É a admissão da culpabilidade. Não sem razão, há brocardo jurídico, afirmando ser a confissão a “rainha das provas”.

Como lembra Nucci,

> [...] confessar, no âmbito do processo penal, é admitir contra si, por quem seja suspeito ou acusado de um crime, tendo pleno discernimento, voluntária, expressa e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo, a prática de algum fato criminoso.[277]

A confissão, pelo acusado, da veracidade das acusações contra si é o objetivo principal dos sistemas inquisitoriais. Pela confissão se expia a culpa e abre-se o caminho para a reconciliação.

A lei favorece quem confessa espontaneamente. Aí, o sentido do espontâneo é ausente outra prova autônoma do fato, e por ato deliberado de vontade do confitente, ou seja, se a confissão ocorre quando o fato já era revelado, ou já era do conhecimento de quem investiga ou processa, não há espontaneidade. Assim, aquele que, por vontade própria, revela fato auto-incriminador recebe um favor legal, consistente em atenuação da pena a ser imposta.

O problema é que a polícia, que investiga, costuma pretender obter a confissão espontaneamente ou não. A não-espontaneidade significando “ajudar o depoente a ‘passar o serviço’”.

Há, ou costuma haver, o uso da violência, ou sua ameaça, como instrumento para manipulação da dor. Com isso, o torturador, ameaçando atingir o corpo, atinge o espírito do torturado, e, manipulando a dor e o medo da dor, manipula a vontade de quem depõe.

Um dos motivos mais freqüentemente alegados como justificadores da prática da tortura é a confissão. Confissão corresponde ao ato de confessar(-se), significando,

---

[277] NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no Processo Penal.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 80.

segundo registra o Dicionário Aurélio, declarar(se), revelar(se), reconhecer a verdade, a realidade de ação, erro, culpa, etc.

No modelo de investigação no Brasil, em que cabe à polícia a utilização de mecanismo inquisitorial, expresso no inquérito policial, o suspeito passa a ser a fonte principal das informações acerca do delito e sua autoria. A coação costuma ser realizada em vista do interrogatório bem como, por vezes, durante ele, para fazer falar ou "passar o serviço". Nesse contexto, "a tortura para fazer confessar tem alguma coisa de inquérito, mas tem também de duelo" [278], como lembra Foucault.

O suspeito, quando detido e em mão da polícia, está numa situação de extrema fragilidade e vulnerabilidade. Nem sempre é informado do seu direito ao silêncio e do seu direito de comunicar-se com advogado e ter um patrono no momento do seu interrogatório. A confissão termina sendo obtida, muitas vezes, por força da coação, não raro produzindo intenso sofrimento físico e mental.

O direito ao silêncio foi examinado pelo Supremo Tribunal Federal em diversas oportunidades. De acordo com a Suprema Corte, tem "o indiciado o direito de permanecer calado e, até mesmo, o de mentir para não se auto-incriminar com as declarações prestadas."[279] Mais: caso não seja o indiciado informado do seu direito ao silêncio, são nulas e inservíveis as declarações que prestar, e as provas delas derivadas. O acórdão, extraído da pena do constitucionalista Sepúlveda Pertence, traz a seguinte ementa:

> 1. O direito à informação da faculdade de manter-se silente ganhou dignidade constitucional, porque instrumento insubstituível da eficácia real da vetusta garantia contra a auto-incriminação que a persistência planetária dos abusos policiais não deixa perder atualidade. 2. Em princípio, ao invés de constituir desprezível irregularidade, a omissão do dever de informação ao preso dos seus direitos, no momento adequado, gera efetivamente a nulidade e impõe a desconsideração de todas as informações incriminatórias dele anteriormente obtidas, assim como das provas delas derivadas[280].

---

[278] FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. 25. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 37.
[279] STF – HC 75.257 – RJ – 1ª T. – Rel. Min. Moreira Alves – DJU 29.08.1997.
[280] STF – HC 78708 – 1ª T. – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 16.04.1999 – p. 8

Nessa marcante decisão, o Supremo Tribunal Federal considerou que o direito à informação da faculdade de manter-se em silêncio se aplica antes mesmo do início do interrogatório formal e abrange as assim chamadas indagações preliminares.[281]

Comentando como os interrogatórios funcionavam na época da ditadura militar, Elio Gaspari sintetiza:

> A natureza imoral dos suplícios desaparece aos olhos daqueles que os fazem funcionar, confundindo-se primeiro com razões de Estado e depois com a qualidade do desempenho que dá às investigações. O fenômeno ocorre em dois planos. Num está a narrativa da vítima, com seus sofrimentos. No outro, a do poder, com a sua rotina e a convicção da infalibilidade do método. Para presidentes, ministros, generais e torcionários, o crime não está na tortura, mas na conduta do prisioneiro. É o silêncio, acreditam, que lhe causa os sofrimentos inúteis que podem ser instantaneamente suspensos através da confissão. Como argumentava o bispo de Diamantina, D. Geraldo de Proença Sigaud, 'confissões não se conseguem com bombons'.[282]

Conforme citada supra, a lei premia a confissão espontânea, atribuindo-lhe a condição de atenuante da pena[283]. Mas, para que possa se aplicar a atenuante da confissão espontânea para efeito de redução da pena, o réu tem de confessar *o* delito em si*,* não servindo, por exemplo, como atenuante, se, denunciado por tráfico de droga, confessa que a portava apenas para uso próprio.[284]

A obtenção de confissão – que ocorre no momento do interrogatório*,* o mais das vezes na esfera policial (ou extrajudicial) – é da mais absoluta importância, praticamente sepultando toda perspectiva de defesa do réu nas fases posteriores. A polícia sabe disso. E o Judiciário não tem sido rigoroso em observar se a confissão guarda harmonia com outras provas no processo. Ao contrário. Ainda é o STJ que afirma que "a existência de indícios mínimos quanto à autoria e materialidade do crime como condição de procedibilidade da ação pode ser dispensada quando objeto da própria confissão do acusado".[285]

Pelo menos, o STJ tem reconhecido que,

---

[281] HC 78.708 SP. RTJ 168/983.
[282] GASPARI, Élio. **A ditadura escancarada.** São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 19.
[283] Código Penal, art. 65, III, "d".
[284] STF – HC 73.075-2 – 2ª T. – Rel. Min. Maurício Corrêa – DJU 03.05.1996.
[285] STJ – HC 28948 – MT – 6ª T. – Rel. Min. Paulo Medina – DJU 24.11.2003 – p. 00395.

> Se a confissão judicial é um dos fundamentos da condenação, a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d do CP, deve ser aplicada, sendo impertinente tecnicamente a exigência, para tanto, do arrependimento.[286]

Por outro lado, embora o art. 158, do Código de Processo Penal, assegure que, quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado, a jurisprudência interpreta esse dispositivo com pouco rigor. Segundo o STJ,

> A ausência de exame de corpo de delito, mesmo nas infrações que deixam vestígios, não desnatura a sentença condenatória, se esta restou embasada em outros elementos de prova, tais como documentos e memória testemunhal, que guardam sintonia com a confissão do réu[287].

A confissão não é questionada pelo Judiciário, nem mesmo quando há alegação de seu fornecimento mediante prática de tortura. O Judiciário entendeu que o ônus de provar cabe a quem alega ter sido submetido à tortura:

> 1. Confissão do delito na fase do inquérito policial: se seguida da confissão, apura-se que na instrução da ação penal há elementos suficientes para a formação do convencimento do Juiz acerca da materialidade do delito, é desse e nesse conjunto probatório que se completa a prova. Alegação de tortura que em nenhum momento se provou não há como poder ser considerada: o que não está nos autos, não está no mundo[288].

.

A falta de rigor, por parte do Judiciário, na obtenção de certeza quanto à situação ,em que a confissão se deu, é particularmente revelada nesse acórdão, proferido em situação que envolvia menor de 21 anos:

> CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. 1. Ante a falta de demonstração de efetivo prejuízo, não se verifica nulidade na nomeação de servidor da própria Delegacia para figurar como curador do acusado. 2. Como o acusado não se declarou viciado em drogas nem alegou estar sofrendo coação irresistível, não tinha o Magistrado qualquer motivo para procurar elucidar tais questões[289].

---

[286] STJ – HC 27986 – PR – 5ª T. – Rel. Min. Felix Fischer – DJU 15.09.2003 – p. 00339.
[287] STJ – RHC – 10858 – PE – 6ª T. – Rel. Min. Vicente Leal – DJU 12.11.2001 – p. 00172.
[288] STF – HC 73.565 – SC – 2ª T. – Rel. Min. Maurício Corrêa – DJU 20.09.1996.
[289] STJ – HC 16214 – SP – 5ª T. – Rel. Min. Edson Vidigal – DJU 13.08.2001 – p. 00193.

Mais grave ainda é o fato de que, uma vez confessando na esfera extrajudicial (leia-se, perante a polícia), essa confissão não precisa ser corroborada perante o juiz, como acontecia até mesmo na época da Inquisição. Ao contrário, caso queira o acusado se retratar,

> [...] a retratação do réu em juízo só tem validade quando corroborada pelo conteúdo probatório dos autos, e não quando divorciada dos demais elementos, mostrando-se isolada e contraditória, fatores que fazem prevalecer a confissão anterior perante a autoridade policial[290].

Ainda:

> É prescindível a confirmação judicial da confissão inquisitiva, eis que a mera retratação, sem respaldo nos autos, não torna aquela sem efeito, mormente quando as demais provas indiciárias são, de outra forma, corroboradas durante a instrução processual[291].

"Entre a confissão extrajudicial e a posterior retratação em juízo, consoante pacífico entendimento, prevalece a versão que se revelar verossímil e consonante com os demais elementos de convicção existente nos autos"[292].

O acusado corre mais um risco, caso queira desafiar, em juízo, a validade da confissão produzida na polícia. Na hipótese de não conseguir demonstrar que confessou sob coação, ou se vier a negar, em juízo, o que confessou sob coação, essa retratação pode não servir para desconstituir a confissão, mas irá servir para desconstituir a espontaneidade daquela. A conseqüência é que, havendo retratação em juízo da confissão extrajudicial (policial) *tida* por espontânea (na ausência de prova da coação, e.g.), esta confissão não tem mais valia como atenuante[293].

---

[290] TJMG – APCR 000.307.935-7/00 – 1ª C.Crim. – Rel. Des. Tibagy Salles – J. 11.03.2003.
[291] TJMG – ACr 000.308.384-7/00 – 1ª C.Crim. – Rel. Des. Tibagy Salles – J. 03.12.2002.
[292] TJAP – ACR 151602 – (5043) – Capital – C.Única – Rel. Des. Mário Gurtyev – DJAP 29.10.2002.
[293] STF – HC 73741 – 2ª T. – Rel. Min. Néri da Silveira – DJU 30.06.2000 – p. 00039.

Dizendo de outro modo[294], “a retratação, em juízo, da confissão espontânea havida na fase do inquérito policial, torna inaplicável a circunstância atenuante prevista no art. 65, III, a, do Código Penal”.[295]

Mas houve casos em que foi possível, ao acusado, demonstrar ter sido torturado, com o fito de confessar. Nesse caso,

> [...] comprovadamente tem-se que as agressões pela vítima sofridas, efetivaram-se com o fito de, desta, se lhe obter confissão, iniludivelmente caracterizado faz-se pois, o crime de tortura de que trata o art. 1º, inciso I, alínea "a", da lei nº 9.455/92[296].

Finalmente, embora compreenda o Judiciário os riscos de abusos policiais a que são submetidos os presos e indiciados, ainda assim, não lhes reconheceu o direito à presença de advogado durante o interrogatório. Nem mesmo o considera indispensável no interrogatório judicial.

Segundo o STF,

> [...] a ausência de defensor no interrogatório judicial do réu não invalida o processo, eis que o ordenamento positivo não exige, para efeito de realização desse ato processual – que não está sujeito ao princípio do contraditório – a obrigatória presença do advogado. Precedentes[297].

---

[294] Acórdãos do Supremo no mesmo sentido: A retratação judicial da confissão realizada na fase policial fulmina a pretensão de se aplicar a atenuante inscrita no artigo 65-III-d do CP – Precedentes do STF. (STF – HC 70.442 – RJ – 2ª T. – Rel. Min. Francisco Rezek – DJU 06.10.1995)
“A confissão espontânea suficiente a desaguar na observância da atenuante é aquela reveladora da assunção da responsabilidade pelo acusado. “A retratação em Juízo, com nova versão dos fatos revelados quando da confissão na Delegacia Policial, afasta-a, isso para o efeito previsto no artigo 65, inciso III, alínea d, do Código Penal.“ (STF – HC 72.257 – SP – 2ª T. – Rel. Min. Marco Aurélio – DJU 18.08.1995).

[295] STF – HC 74.165 – RS – 2ª T. – Rel. Min. Maurício Corrêa – DJU 31.10.1996.

[296] TJMA – ACr 4200/2002 – (46.573/2003) – 1ª C.Crim. – Rel. Des. Antonio Fernando Bayma Araújo – J. 07.10.2003.

[297] STF – HC 72.132 – GO – 1ª T. – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 09.05.1997.

Para o STJ[298], "a ausência do defensor no interrogatório não constitui nulidade" porque se trata de "ato privativo do Juiz, [que] não está sujeito ao contraditório, restando obstada a intervenção da acusação ou da defesa"[299].

Mesmo na notável decisão no HC 78.708/SP, já comentada *supra*, o Supremo não abordou a questão do direito a advogado estar incluído entre os direitos, aos quais toda pessoa detida tem direito à informação, não obstante o fato de a Suprema Corte brasileira ter citado precedentes da Suprema Corte americana em que, precisamente, o direito a advogado no momento da prisão era afirmado.

O Ministro Sepúlveda Pertence invocou, entre outros, dois relevantes casos decididos pela Suprema Corte americana: Miranda v. Arizona e Escobedo v. Illinois. Embora citados no acórdão nessa ordem, Escobedo serviu de precedente para Miranda.

Escobedo, 22 anos de idade, de origem mexicana, foi preso com sua irmã e levado para a polícia, para ser interrogado sobre fatos relacionados com o assassinato de seu cunhado, 11 dias antes. Ele já tinha sido preso logo após a execução à bala, mas não fizera nenhuma declaração e fora liberado por força de *habeas corpus*. Escobedo pediu várias vezes para ver seu advogado, que, embora se encontrasse no prédio, e não obstante pedidos para ver seu cliente, teve acesso recusado a ele. O interrogando não foi avisado pela polícia do seu direito de permanecer em silêncio, e, depois de persistente questionamento por parte da polícia, fez danosa declaração para um promotor, sendo a mesma admitida no julgamento. Condenado por assassinato, ele apelou para a Suprema Corte do Estado, que confirmou a condenação.

Em acórdão lavrado pelo Ministro Goldberg, a Suprema Corte americana decidiu que

---

[298] No mesmo sentido: "A realização do interrogatório sem a presença do defensor não constitui nulidade porquanto se trata de ato personalíssimo, com as características da judicialidade e da não intervenção da acusação e da defesa. Recurso provido." (STJ – RESP 504868 – RS – 5ª T. – Rel. Min. Felix Fischer – DJU 17.11.2003 – p. 00362)

[299] STJ – HC 25856 – PR – Rel. Min. Gilson Dipp – DJU 25.08.2003 – p. 00336.

> [...] nas circunstâncias do caso, em que uma investigação policial não é mais uma inquirição geral em torno de um crime sem solução mas uma em que tenha começado a focalizar em um suspeito em particular, sob custódia policial, a quem tenha sido negada a oportunidade de consultar-se com advogado, e que não foi prevenido do seu direito constitucional de guardar silêncio, o acusado teve negada a assistência de advogado em violação às Emendas 6ª e 14, e nenhuma declaração extraída pela polícia durante seu interrogatório pode ser usada contra ele em um julgamento. [300]

Miranda não foi muito diferente. Antes, consolidou a compreensão explicitada em Escobedo.

O Ministro Presidente da Suprema Corte, Warren, relatou os casos que ficaram conhecidos como "Miranda vs Arizona".

Em uma única assentada, a Suprema Corte examinou quatro casos análogos, em que os réus, enquanto sob custódia policial, foram questionados pelos agentes de polícia, detetives ou promotor, em uma sala em que não tinham acesso ao mundo exterior. A nenhum deles fora dada completa e efetiva advertência dos seus direitos no começo do procedimento de interrogatório. Em todos os quatro casos, das perguntas formuladas resultaram admissões verbais, e em três deles declarações escritas foram produzidas e admitidas nos julgamentos. Todos os acusados foram condenados, com as condenações (exceto uma) confirmadas em grau de apelação. Em seu acórdão, a Suprema Corte decidiu:

> 1. A acusação não pode usar declarações, sejam incriminatórias ou não, que decorram de questionamento iniciado por policiais após uma pessoa ter sido custodiada, ou de outro modo privada de sua liberdade de ação de algum modo significativo, a menos que se demonstre o uso de salvaguardas processuais efetivas para assegurar o privilégio contra auto-incriminação contido na Quinta Emenda."
> a) A atmosfera e o ambiente de um interrogatório incomunicado, tal como existe hoje, é inerentemente intimidante, e atua para minar o privilégio contra auto-incriminação. A menos que medidas preventivas adequadas

[300] Escobedo v. Illinois No. 615 Argued April 29, 1964 Decided June 22, 1964. 378 U.S. 478. No original: "Under the circumstances of this case, where a police investigation is no longer a general inquiry into an unsolved crime but has begun to focus on a particular suspect in police custody who has been refused an opportunity to consult with his counsel and who has not been warned of his constitutional right to keep silent, the accused has been denied the assistance of counsel in violation of the Sixth and Fourteenth Amendments, and no statement extracted by the police during the interrogation may be used against him at a trial. *Crooker v. California,* 357 U.S. 433, and *Cicenia v. Lagay,* 357 U.S. 504, distinguished, and, to the extent that they may be inconsistent with the instant case, they are not controlling. Pp. 479-492. 28 Ill.2d 41, 190 N.E.2d 825, reversed and remanded. [378 U.S. 479] *GOLDBERG, J., lead opinion.* Disponível em US Supreme Court Center at http://www.justia.us/. Acessos múltiplos a partir de Março de 2002.

sejam adotadas para dissipar a compulsão inerente no entorno de uma custódia, nenhuma declaração obtida do acusado pode ser verdadeiramente produto de sua livre escolha.
b) O privilégio contra auto-incriminação, que tem tido um logo e expansivo desenvolvimento histórico, é a marca essencial do nosso sistema adversarial, e garante ao indivíduo o 'direito a permanecer silente a menos que ele escolha falar no livre exercício de sua própria vontade', durante o período de interrogatório custodial assim como nas cortes ou durante o curso de outras investigações oficiais.
c) A decisão em Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478, realçou a necessidade de medidas protetivas para tornar o processo de interrogatório policial conforme aos detidas do privilégio.
d) Na ausência de outras medidas efetivas, os seguintes procedimentos para salvaguardar o privilégio da Quinta Emenda devem ser observados: a pessoa sob custódia deve, antes do interrogatório, ser claramente informada do seu direito de permanecer em silêncio, e de que qualquer coisa que diga será usada contra ele em juízo; deve ser claramente informada que tem o direito de consultar-se com um advogado e de ter um advogado consigo durante o interrogatório, e que, se for indigente, um advogado será nomeado para representa-lo.
e) Se o indivíduo indicar, antes ou durante o questionamento, que ele deseja permanecer em silêncio, o interrogatório deve cessar; se ele declarar que quer um advogado, o questionamento deve cessar até que um advogado esteja presente.
f) Quando um interrogatório for conduzido sem a presença de um advogado e uma declaração for tomada, um grande ônus pesa sobre o governo de demonstrar que o acusado conscientemente e informadamente renunciou a seu direito a advogado[301].

---

[301] Miranda v. Arizona No. 759 Argued February 28-March 1, 1966 Decided June 13, 1966. 384 U.S. 436. No original: "1. The prosecution may not use statements, whether exculpatory or inculpatory, stemming from questioning initiated by law enforcement officers after a person has been taken into custody or otherwise deprived of his freedom of action in any significant way, unless it demonstrates the use of procedural safeguards effective to secure the Fifth Amendment's privilege against self-incrimination. Pp. GO>444-491.
(a) The atmosphere and environment of incommunicado interrogation as it exists today is inherently intimidating, and works to undermine the privilege against self-incrimination. Unless adequate preventive measures are taken to dispel the compulsion inherent in custodial surroundings, no statement obtained from the defendant can truly be the product of his free choice. Pp. 445-458.
(b) The privilege against self-incrimination, which has had a long and expansive historical development, is the essential mainstay of our adversary system, and guarantees to the individual the "right to remain silent unless he chooses to speak in the unfettered exercise of his own will," during a period of custodial interrogation [384 U.S. 437] as well as in the courts or during the course of other official investigations. Pp. 458-465.
(c) The decision in Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478, stressed the need for protective devices to make the process of police interrogation conform to the dictates of the privilege. Pp. 465-466.
(d) In the absence of other effective measures, the following procedures to safeguard the Fifth Amendment privilege must be observed: the person in custody must, prior to interrogation, be clearly informed that he has the right to remain silent, and that anything he says will be used against him in court; he must be clearly informed that he has the right to consult with a lawyer and to have the lawyer with him during interrogation, and that, if he is indigent, a lawyer will be appointed to represent him. Pp. GO>467-473.
(e) If the individual indicates, prior to or during questioning, that he wishes to remain silent, the interrogation must cease; if he states that he wants an attorney, the questioning must cease until an attorney is present. Pp. GO>473-474.
98 Ariz. 18, 401 P.2d 721; 15 N.Y.2d 970, 207 N.E.2d 527; 16 N.Y.2d 614, 209 N.E.2d 110; 342 F.2d 684, reversed; 62 Cal.2d 571, 400 P.2d 97, affirmed. [384 U.S. 439]. MR. CHIEF JUSTICE WARREN delivered the opinion of the Court." Disponível em US Supreme Court Center at http://www.justia.us/. Acessos múltiplos a partir de Março de 2002.

Toda a preocupação da Suprema Corte Americana era no sentido de garantir limitações aos interrogatórios policiais, como condição a evitar a disseminada e generalizada prática de obtenção de declarações e confissões pela intimidação.

Nesse particular, portanto, o Supremo Tribunal Federal continua seguindo outra linha de entendimento, aquela orientada pelo Ministro Maurício Corrêa:

> Justa causa: a condenação tem outros fundamentos suficientes, além da confissão perante a autoridade policial e depois retratada em juízo, com alegação de que houve coação. 2. O Estado não tem o dever de manter advogados nas repartições policiais para assistir interrogatórios de presos; a Constituição assegura, apenas, o direito de o preso ser assistido por advogado na fase policial[302].

7.5.2.2 Obtenção de informação ou declaração

Toda conduta típica punível pressupõe prática de algum ato, que pode ser demonstrado por meios variados. Informações ou declarações sobre quem estava onde, fazendo o que contra quem, quando e como, são importantes para a elucidação de fatos criminosos sob investigação. Assim, não é infreqüente que a prática da tortura incida não apenas sobre as pessoas suspeitas de cometimento de delitos, mas igualmente sobre pessoas suspeitas de conhecerem autores e suas infrações.

Partindo-se de pessoas, procura-se chegar a fatos. Quando essa é a lógica seguida pela investigação, faz sentido a lógica da violência, para obter informação e declaração.

Juntamente com a motivação discutida no item anterior (para obter confissão), a motivação de torturar para obter declaração ou informação está mais associada à fase de investigação de delitos e de identificação de suspeitos de práticas delitivas.

---

[302] STF – HC 73.19898 – SP – 2ª T. – Rel. Min. Maurício Corrêa – DJU 16.08.1996.

O conhecimento dessa circunstância terá repercussão na política criminal a ser adotada para prevenir essa prática.

> Caracteriza-se uma das modalidades do crime de tortura quando o agente, mediante violência ou grave ameaça, constrange ou submete a vítima a um sofrimento físico ou mental, com o propósito de obter informação, declaração ou confissão sua ou de terceira pessoa.[303]

7.5.2.3 Para provocar ação ou omissão de natureza criminosa

O motivo previsto na letra "b", do inciso I, do art. 1º, da Lei nº 9.455/97 é dirigido para obter de outrem uma conduta, qualificada por lei como típica penal, por ação, ou por omissão.

A instrumentalidade da prática da tortura não a converte em crime meio, a ser absorvido pelo crime fim. Antes, o crime fim serve como motivo ou propósito para a prática da tortura, e quem for encontrado em culpa há de responder por todas as condutas.

Dois casos são de interesse para aclarar o entendimento que se pode ter desse dispositivo legal. O primeiro foi examinado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao julgar o Habeas Corpus 04322-04 (Processo 2004.059.043222)[304]. Do Relatório se lê que o paciente, policial militar, associado a outros companheiros, com agressões físicas e ameaça, submeteu à tortura as vítimas, para que estas "confessassem o consumo pretérito de drogas". A confissão pretendida, entretanto, não era o objetivo da ação dos policiais militares. Estes não desejavam iniciar ou instrumentalizar processo investigatório criminal contra a vítima. Ainda segundo o Relatório, "o crime foi praticado por motivo torpe, pois com a confissão o paciente e seu co-réu pretendiam achacar dinheiro das vítimas".

Observa-se que a tortura foi praticada, tendo por propósito extorquir das vítimas dinheiro, chantageando-as.

[303] TJMG – APCR 000.291.870-4/00 – 2ª C.Crim. – Rel. Des. Herculano Rodrigues – J. 20.02.2003

[304] Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Segunda Câmara Criminal. Habeas Corpus N° 04322-04. Paciente: Thomé Luiz Fonseca Júnior. Relatora: Gizelda Leitão Teixeira. www.tjrj.gov.br.

Situação com alguma analogia teve resultado distinto, em julgamento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, proferido na Apelação Criminal 2000.07.1.007046-7[305].

Agentes da polícia civil identificaram-se à vítima, afirmando haver contra si mandado de prisão. Algemaram-na, conduziram-na à força a local distante, submetendo-a a intenso sofrimento físico, para que fornecesse "informações sobre bens de sua propriedade, para que pudesse entregá-los".

Em contato com familiares, a vítima fez com que fossem entregues aos policiais civis vários dos seus bens, entre os quais veículo (com documento de transferência de propriedade), lingotes de ouro.

Os réus foram presos quando tentavam, em cartório, obter documentos jurídicos da vítima, transferindo legalmente os bens para seus nomes ou de terceiros.

O Tribunal reconheceu que houve constrangimento à liberdade de locomoção da vítima e à sua integridade física. Mas entendeu que os réus, "valendo-se da condição de policiais, investigaram a vida da vítima para extorqui-la. A violência empregada não foi para obter dele informação, e sim, para garantir a entrega dos bens". Ainda, "não estando os agentes na condição de policial quando perpetraram o fato, não podem ser condenado nas penas cominadas no citado inciso II, da Lei de Tortura, que pressupõe a guarda, poder ou autoridade sobre a vítima", ou seja, "só comete o citado crime o sujeito ativo que está na posição de garante, seja em virtude da lei ou outra relação jurídica".

Os réus foram condenados por extorsão mediante seqüestro. Mas não se aceitou a acusação por tortura.

7.5.2.4 Em razão de discriminação racial ou religiosa

[305] Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Segunda Turma Criminal. Apelação Criminal 2000.07.1.007046-7. Relator Des. Vaz de Mello. www.tjdf.gov.br.

A lei não define o que vem a ser discriminação. Mas tal definição pode ser encontrada em convenções internacionais, subscritas e ratificadas pelo Brasil, e devidamente incorporadas ao direito interno. A primeira é a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, de 1965, segundo a qual

> [...] a expressão 'discriminação' significará qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político, econômico, social, cultural, ou em qualquer outro domínio da vida pública.

Nem toda diferenciação significa discriminação. Relevante é considerar que fatores objetivamente postos procuram justificar o critério adotado para a diferenciação. A justificação tem de ser objetiva e razoável, e os meios empregados, proporcionais aos objetivos legítimos visados. Se os objetivos não forem legítimos, se a diferenciação não for razoável, nem os meios empregados proporcionais, então há discriminação.

O Superior Tribunal de Justiça acolheu esse raciocínio, embora a decisão, por enormemente vaga, mereça ser lida com reservas. Julgando o recurso ordinário em mandado de segurança (ROMS) 5151/RS (relator o Ministro Vicente Cernicchiaro), proclamou:

> Não se pode distinguir pessoas por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. Todavia, se a função pública, por exemplo, for recomendada, por particularidade, ser exercida só por pessoas do sexo masculino, nenhuma censura. O raciocínio é válido também para as mulheres. Ocorre o mesmo com a idade.

A igualdade na lei proíbe discriminação de qualquer espécie, enquanto a igualdade de fato pode envolver a necessidade de tratamento diferenciado de modo a obter o resultado que estabelece o equilíbrio entre situações distintas. Isso também é chamado de "ação afirmativa" ou "discriminação positiva". Entre nós, já é aplicável por meio da legislação trabalhista, por exemplo, que favorece as mulheres.

É muito difícil identificar e provar situação de discriminação, porque ordinariamente ela não se dá de modo direto, aberto, ostensivo. Aliás, a discriminação pode ser direta, indireta e sistêmica. Dá-se a discriminação direta quando o ato discriminatório é perfeitamente individualizado e identificado, e o motivo apontado é igualmente definido (sexo, idade, religião, nacionalidade etc). O Supremo Tribunal Federal encontrou violação ao princípio da não-discriminação em situação em que trabalhador brasileiro, prestando serviços à empresa francesa no Brasil, recebia menos que trabalhador francês prestando o mesmo serviço, também aqui no Brasil. Assim decidiu a Suprema Corte:

> A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. 3. Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. 4. R.E. conhecido e provido[306].

O STJ repudiou, por discriminatória, a proibição de participação de mulheres em concurso público para a função de médica, mesmo que da Polícia Militar[307]. Mas achou justificável proibir acesso de mulheres a postos da Polícia Militar, quando existentes separados quadros masculino e feminino (o Tribunal sequer examinou se o número de vagas no quadro masculino era correspondente ao número de vagas no quadro feminino)[308]

O Tribunal Superior do Trabalho tem proferido importantes decisões, combatendo a discriminação. No recurso ordinário em dissídio coletivo 0105858/94, invalidou cláusula de sentença normativa que excluía os empregados menores do direito ao piso salarial.

A discriminação é indireta quando uma regra, aparentemente geral, tem impacto adverso sobre alguns grupos raciais, étnicos, religiosos etc. Exemplo disto é a exigência de trabalho aos sábados, que afeta aqueles que, por motivos religiosos, se vêem proibidos de exercer atividades profissionais remuneradas nesse período.

---

306 STF – RE 161.243 – DF – 2ª T. – Rel. Min. Carlos Velloso – DJU 19.12.1997.
307 REsp 6519/RJ
308 ROMS 1160/RJ

O Tribunal Regional do Trabalho – TRT da 24ª Região teve oportunidade de decidir matéria sobre o assunto. Proclamou:

> Discriminação. Culto religioso. A reclamada, empresa pública, contrata mediante concurso público, devendo obediência ao princípio da legalidade e moralidade. Nesse diapasão, tem-se que o contratado é quem deve se adequar às normas da empresa, e não o inverso. Se o reclamante tinha pleno conhecimento dos termos do edital, que previa jornada de 44 horas semanais, não pode, agora, à revelia da reclamada, querer se eximir da jornada aos sábados, para professar culto religioso. Os direitos e garantias constitucionais dizem respeito a todos, indistintamente, não considerando particularidades pessoais, valendo lembrar que o direito de um termina onde inicia o direito do outro. Recurso ordinário a que se nega provimento, por unanimidade[309].

A meu sentir, decidiu discriminatoriamente. Poderia ter determinado à empresa que identificasse horário, de segunda à sexta, para compensar as quatro horas do sábado, ou propusesse a redução salarial, e.g. Entretanto, ao fazer incidir indistintamente a regra geral, produziu um impacto adverso desproporcional sobre aqueles que professam culto ou religião, cujo preceito de fé veda o trabalho aos sábados e domingos.

Finalmente, a discriminação sistêmica:

> A discriminação sistêmica enfatiza as mais sutis formas de discriminação, ao reconhecer que os costumes sociais e culturais longamente estabelecidos carregam consigo pressupostos e valores que contribuem para discriminar de maneiras que são substancialmente ou inteiramente escondidas ou inconscientes.[310]

A discriminação sistêmica é forma de violência cultural, no sentido já referido por Galtung.

Os estudos sobre discriminação, desigualdade e racismo no Brasil não são recentes. Hasenbalg demonstrou que a abolição da escravidão, em 13 de maio de 1888, não

---

[309] TRT 24ª R. – RO 1278/2001-005-24-00-4 – Relª Juíza Dalma Diamante Gouveia – J. 22.01.2003.

[310] Canadian Human Rights Tribunal, caso *P.S.A.C. v. Canadá (Treasury Board)*. *Apud* por GIBBS, Heather. Race Jurisprudence in Canada. *In:* MENDES, Errol. **Racial Discrimination Law and Practice.** Ontario: Carswell, 1995. p. 3-38.

significou a inclusão plena dos ex-escravos na sociedade de brancos. Antes, os descendentes destes têm permanecido “na retaguarda do capitalismo industrial”.[311]

O racismo é apontado como componente final da situação colonial e princípio de dominação social. É uma construção ideológica incorporada em e realizada por meio de um conjunto de práticas materiais de discriminação racial. Supostas características biológicas são exploradas, de modo que os negros se vejam e sejam vistos como não só biologicamente diferentes, mas inferiores. Isso produz uma permanência de exploração econômica.[312] Racismo “é a redução do cultural ao biológico, a tentativa de fazer o primeiro depender do segundo. O racismo existe sempre que se pretende explicar um dado status social por um característica natural”.[313]

Isso tem efeito em todos os planos da vida da população negra. A educação, invés de superar, termina por agravar a situação. Para Hasenbalg,

> [...] é possível afirmar que cerca de um terço das desigualdades raciais no nível básico de alfabetização são devidas à segregação ecológica de grupos raciais. Assim o restante dos dois terços podem ser atribuídos aos efeitos acumulados da discriminação racial.[314]

Esses fatos não ficam parados no passado distante, mas continuam a ter efeitos residuais perversos ainda hoje. Por isso ele conclui:

> Portanto, pode ser afirmado que, como resultado da discriminação racial no passado, cada nova geração de não brancos está em posição de desvantagem porque se origina desproporcionalmente de famílias de baixa posição social.[315]

Florestan Fernandes tem visão coincidente sobre o tema. Para ele, "os membros das elites tendiam a manter, diante dos problemas da 'população de cor', atitudes

---

[311] HASENBALG, Carlos Alfredo. **Discriminação e Desigualdades Raciais no Brasil.** São Paulo: Edições Graal, 1979. p. 109.
[312] HASENBALG, Carlos Alfredo. **Discriminação e Desigualdades Raciais no Brasil.** São Paulo: Edições Graal, 1979. p. 111.
[313] GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo; PIQUET, Cide. **Racismo e Anti-Racismo no Brasil.** São Paulo: Editora 34. 1999. p. 30.
[314] HASENBALG, Carlos Alfredo. **Discriminação e Desigualdades Raciais no Brasil.** São Paulo: Edições Graal, 1979..p. 183.
[315] HASENBALG, Carlos Alfredo. **Discriminação e Desigualdades Raciais no Brasil.** São Paulo: Edições Graal, 1979. p. 199.

rígidas, incompreensivas e autoritárias”.[316] Sempre foram “caso de polícia”. Ainda segundo o autor,

> Na ânsia de prevenir tensões raciais hipotéticas e de assegurar uma via eficaz para a integração gradativa da ‘população de cor’, fecharam-se todas as portas que poderiam colocar o negro e o mulato na área dos benefícios diretos do processo de democratização dos direitos e garantias sociais. Como conseqüência,’acorrentava-se o 'homem de côr' aos grilhões invisíveis do seu passado, a uma condição sub-humana de existência e a uma disfarçada servidão eterna’.[317]

A ideologia racista generalizou, no dizer de Fernandes,

> [...] um estado de espírito farisaico, que permitia atribuir à incapacidade ou à irresponsabilidade do ‘negro’ os dramas humanos da ‘população de cor’, além de isentar o ‘branco’ de qualquer obrigação, responsabilidade ou solidariedade morais, de alcance social e de natureza coletiva, perante os efeitos sociopáticos da espoliação abolicionista e da deterioração progressiva da situação sócio-econômica do negro e do mulato[318].

Essa visão racista perpassa o sistema de justiça e segurança. Figueiredo Dias e Costa Andrade[319] refletem acerca da relação existente entre crimes conhecidos ou esclarecidos pela polícia, ou processados, e o papel desempenhado pela vítima. Identificam que os crimes conhecidos ordinariamente resultam de pro-atividade da polícia ou de reatividade. Na pro-atividade, a polícia seleciona suspeitos pelos estereótipos**.** Isso pode implicar procedimentos discriminatórios por parte da polícia, desde que há grupos antecipadamente considerados como mais propensos à prática de delitos e outros grupos imunes à suspeita, ou investigação. Na visão da polícia, os negros, por exemplo, em relação à primeira característica. Novamente, não é fácil demonstrar a ocorrência da prática racista, desde que é sempre possível encobri-la com justificativas racionais e legítimas.

Paulo Sérgio Pinheiro e GuilhermeAlmeida fazem crítica aguda à atuação da polícia e do sistema de justiça e segurança:

---

316 FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes:** o legado da "raça branca". São Paulo: Dominus, [1978?]. 1v. p. 196

317 FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes:** o legado da "raça branca". São Paulo: Dominus, [1978?]. 1v. p. 197.

318 FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes:** o legado da "raça branca". São Paulo: Dominus, [1978?]. 1v. p. 199.

319 DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manoel Costa. **Criminologia.** Coimbra: Coimbra, 1997. p. 447.

> A polícia e outras instituições do sistema de justiça penal tendem a agir como guardas de fronteira, protegendo dos pobres as elites e exercendo literalmente o papel de 'cordão sanitário'. A violência policial, assim como a tortura, permanece impune, já que é em grande parte dirigida às 'classes perigosas' e raras vezes afeta a vidas das classes afluentes. Em todo o país, a impunidade é praticamente assegurada por aqueles que cometem abusos contra as vítimas consideradas indesejáveis ou subumanas. [320]

O problema é que faltam estudos acerca da incidência de abordagens e inspeções ("correções"), com a finalidade de "averiguação", com um corte de raça. Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul é exemplo da dificuldade em demonstrar racismo:

> RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO MORAL – CONDUTA SUSPEITA EM POSTO BANCÁRIO – ABORDAGEM POLICIAL – PRECONCEITO RACIAL – Havendo informação da Brigada Militar de que um posto bancário do réu seria assaltado, a solicitação da presença de policiais, diante do comportamento suspeito do autor, que foi revistado, não constitui ato ilícito. Legítima defesa do patrimônio. Aplicação do art. 160, I, do CC de 1916, então vigente. Discriminação racial afastada. Apelo desprovido[321].

Também as pessoas presas, assim como os suspeitos de autoria de práticas delituosas, são vistos pela sociedade e pelo sistema de justiça e segurança como inferiores em direitos e prerrogativas de cidadania, porque são desviantes.

Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro revela esse caráter discriminatório.

> RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – ESPANCAMENTO DE PRESO, NO INTERIOR DE DELEGACIA POLICIAL, PELO CARCEREIRO – DANO MORAL – VALOR DA INDENIZAÇÃO – RESPONDE O ESTADO, OBJETIVAMENTE, PELAS LESÕES SOFRIDAS PELO PRESO, NO INTERIOR DA DELEGACIA POLICIAL, DECORRENTES DE ESPANCAMENTO, JÁ QUE É DE SEU DEVER PRESERVAR A INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL DOS MESMOS – **A verba do dano moral, entretanto, deve ser bastante reduzida, revestindo-se de caráter simbólico**, traduzindo apenas um juízo de reprovabilidade ao ofensor e de solidariedade à vítima, para não onerar ainda mais a sociedade, tantas vezes agredida pelo comportamento do autor, por duas vezes condenado por tráfico de drogas – Provimento parcial do 1. recurso, ficando prejudicado o adesivo. (WLS)[322] (grifo nosso)

---

[320] PINHEIRO, Paulo Sérgio; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Violência Urbana**. São Paulo: Publifolha, 2003. p. 49/50.

[321] TJRS – APC 70006978779 – 5ª C.Cív. – Rel. Des. Leo Lima – J. 02.10.2003.

[322] TJRJ – AC 19470/2001 – (2001.001.19470) – 10ª C.Cív. – Rel. Des. Sylvio Capanema – J. 04.12.2001.

A temática da discriminação racial no sistema de justiça e segurança tem sido objeto de preocupação dos organismos internacionais de monitoramento dos tratados de direitos humanos. Recentemente, o Comitê para Eliminação da Discriminação Racial, que monitora a Convenção de igual nome, emitiu o Comentário Geral Nº 31 em 17 de Agosto de 2005, em que aponta indicadores de discriminação racial.

Para o Comitê, os Estados deveriam dar devida atenção aos seguintes indicadores de discriminação racial:

> 1. Número e percentagem de pessoas pertencentes a grupos raciais ou étnicos que são vítimas de agressão ou outros delitos, especialmente quando cometidos por policiais ou outros agentes do Estado;
> 2. Ausência ou pequeno número de queixas, ações penais ou condenações relativas a atos de discriminação racial no país. Tal estatística não deve ser vista como necessariamente positiva, ao contrário do que possa acreditar o Estado. Ela também pode revelar tanto que as vítimas têm informações inadequadas sobre seus direitos, quanto que temem censura social ou represália, ou que vítimas com limitados recursos temem o custo e a complexidade do processo judicial, ou que há uma falta de confiança na polícia e nas autoridades judiciais, ou que as autoridades estão insuficientemente alertas ou cientificadas de crimes envolvendo racismo;
> 3. Informação insuficiente ou ausente acerca do comportamento dos policiais ('law enforcement personnel') em face das pessoas pertencentes aos grupos referidos anteriormente;
> 4. Índices de criminalidade proporcionalmente mais elevados atribuídos a pessoas pertencentes àqueles grupos, particularmente com relação a pequenos delitos de rua, crimes relacionados a drogas e prostituição, como indicadores da exclusão e não integração de tais pessoas na sociedade;
> 5. O número e o percentual de pessoas pertencentes a tais grupos que são mantidas em prisão ou detenção preventiva, incluindo centros de internação, estabelecimentos penais, estabelecimentos psiquiátricos ou áreas de contenção em aeroportos;
> 6. O pronunciamento de condenações mais duras ou inapropriadas contra pessoas pertencentes àqueles grupos;
> 7. A insuficiente representação de pessoas pertencentes a tais grupos nos quadros da polícia, do sistema de justiça, incluindo juízes, jurados, e outras unidades de aplicação da lei.[323] (tradução nossa)

Esses indicadores não estão inteiramente disponíveis, por falta de estudos com tal sistematização.

---

[323] COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL. **Proyecto de recomendación general sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento de la Justicia Penal, 17 agosto 2005.** Disponível em: <http://www.ohchr.org/ english/bodies/cerd/docs/GC31_Sp.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2005.

Informe apresentado pelo Relator Especial contra a Tortura, à Comissão de Direitos Humanos da ONU, em seu 57º período de sessões, em Janeiro de 2001, apontou:

> Conquanto não haja provas que sugiram que membros de grupos raciais ou étnicas sejam geralmente sujeitos a formas particulares de torturas ou maus-tratos aplicados unicamente a eles, em razão de sua pertença a esses grupos, deve ser observado que eles são particularmente vulneráveis com respeito à tortura em vários contextos e que seu status pode também afetar as conseqüências dos maus-tratos. Conquanto não haja estatísticas disponíveis ao Relator Especial, afigura-se que membros de grupos raciais ou étnicos são desproporcionalmente sujeitos a tortura e outras formas de maus-tratos. Com efeito, diferença étnica pode com freqüência contribuir para o processo de desumanização da vítima, a qual é com freqüência uma condição para que a tortura e os maus tratos ocorram. [324]

Certamente serviu de base para tal conclusão, entre outras situações em que obteve experiência direta nos vários países que visitou, o resultado da visita feita ao Brasil, entre final de agosto e início de setembro de 2005, quando, relatando o que viu, constatou:

> 166. A prática da tortura pode ser encontrada em todas as fases de detenção: prisão, detenção preliminar, outras formas de prisão provisória, bem como em penitenciárias e instituições destinadas a menores infratores. Ela não acontece com todos ou em todos os lugares; acontece, principalmente, com os criminosos comuns, pobres e negros que se envolvem em crimes de menor gravidade ou na distribuição de drogas em pequena escala. E acontece nas delegacias de polícia e nas instituições prisionais pelas quais passam esses tipos de transgressores.

Dados do MNDH apontaram, apenas, 1% de caso em que a tortura ocorreu, tendo por motivação expressa a discriminação racial. Esse número, contudo, não deve iludir. Já foi visto que em cerca de 30% dos casos de tortura à vítima não se atribuía à prática de qualquer delito. E que, em cerca de 60% dos casos, a tortura objetivava castigar a vítima, de algo feito, ou que sequer se sabia ou se atribuía tivesse feito.

---

[324] COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. **Civil and political rights including the questions of torture and detention:** report of the Special Rapporteur, Sir Nigel Rodley, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 2000/43. Disponível em:<http://www.hri.ca/fortherecord2001/documentation/commission/e-cn4-2001-66.htm>. Acesso em: 31 ago. 2005. No original: While there is no evidence to suggest that members of racial or ethnic groups are generally subjected to particular forms of torture or ill-treatment applied uniquely to them in their status as members of these groups, it must be noted that they are particularly vulnerable with respect to torture in various contexts and that their status may also affect the consequences of their ill-treatment. While no statistics are available to the Special Rapporteur, it appears that members of racial or ethnic groups are disproportionately subjected to torture and other forms of ill-treatment. Indeed, ethnic difference may often contribute to the process of the **dehumanization of the victim**, which is often a necessary condition for torture and ill-treatment to take place. (grifo nosso).

Essa a lógica prevalente nas polícias no Brasil: os pobres, especialmente, se foram negros, merecem castigos.

Quanto à discriminação religiosa, diz-se daquela cuja base ou fundamento da diferenciação é a que se dá em razão de pertinência a credo ou religião. Walker aponta que

> [...] religião envolve crença em, e conciliação de, poderes considerados superiores ao homem os quais são acreditados como reguladores e controladores do curso da natureza e da vida humana. Envolve elementos de crença, um corpo de dogma, atos de profissão de fé, e ritual.[325]

Yoram Dinstein reconhece que "não há definição de religião que seja comumente aceita" e, ao analisar a liberdade religiosa das minorias religiosas, opta por considerar que religião – por oposição a qualquer outra forma de crença – relaciona-se com a fé em um Ser Supremo, ou em múltiplas deidades, ou pelo menos em alguns espíritos ou poderes sobrenaturais capazes de influenciar as atividades humanas.[326]

Para dizer o menos, são minorias religiosas no Brasil judeus, budistas, muçulmanos, evangélicos, espíritas, praticantes de candomblé (religião iorubá) e umbanda, entre outros.

Em acórdão paradigmático, o Supremo Tribunal Federal examinou, de modo multidisciplinar, o fenômeno do racismo e encontrou violação aos direitos fundamentais, por discriminação religiosa e étnica contra os judeus, em escritos anti-semitas. O acórdão, que reconheceu a prática de racismo, trouxe a seguinte ementa:

> HABEAS-CORPUS – PUBLICAÇÃO DE LIVROS – ANTI-SEMITISMO – RACISMO – CRIME IMPRESCRITÍVEL – CONCEITUAÇÃO – ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL – LIBERDADE DE EXPRESSÃO – LIMITES – ORDEM DENEGADA – 1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei nº 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei nº 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de

---

[325] WALKER, David M. **The Oxford Companion to Law.** Oxford: Clarendon, 1980. Verbete "Law and Religion".

[326] DINSTEIN, Yoram. **Freedom of Religion and The Protection of Religious Minorities**, *In* DIENSTEIN, Yoram; TABORY, M. **The Protection of Minorities and Human Rights.** Londres: Martinus Nijhoff ,1992 p. 146.

inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o Estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuam rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do Estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrímen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus,

> que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoa sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No Estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada[327].

7.5.2.5 Como forma de castigo pessoal

Quem erra tem de pagar por seu erro, é afirmação comum. E quando a cabeça não pensa, o corpo é quem paga, é expressão popular. Um dos motivos para torturar alguém é julgá-lo merecedor de penas e aflições corporais, para que, sofrendo em seu corpo ou em sua alma a dor, seja expiado da culpa pela dor produzida em outrem. O sentimento incutido no comum do povo é que é injusto bater e maltratar alguém que seja inocente. Mas, ao culpado, é legítimo fazê-lo sofrer pelo mal que fez. A cultura popular contém expressões que revelam a profundidade desse sentimento ou sensação. Afirmações como se diz no Nordeste ser um “cabra de peia”, significando alguém a merecer castigo físico, é exemplo do que se quer dizer. Igualmente, a idéia de que alguém “só aprende debaixo de cacete”.

---

[327] STF – HC 82424 – RS – TP – Rel. p/o Ac. Min. Maurício Corrêa – DJU 19.03.2004 – p. 00017. JCF.5 JCF.5.XLII

No jogo de poder, há uma cultura disseminada nos órgãos de segurança pública de que a polícia deve tratar o delinqüente como ele “merece”. E, segundo essa lógica, ele não merece flores...

É relevante compreender que a motivação do castigo está mais presente na tortura, praticada por policiais (especialmente militares) no confronto direto com pessoas suspeitas ou acusadas de autoria de delitos, no momento de sua captura, ou pelos responsáveis por xadrezes e estabelecimentos prisionais, para assegurar por parte dos presos e detidos a obediência e submissão a seus comandos e regras.

Como visto na 1ª Parte , “castigo” e “castigo no contexto de investigação” (por ausência de confirmação) foi o propósito da prática de tortura em 63,9% dos casos segundo o Relator da ONU; e “castigo” como “medida de caráter preventivo”, “castigo/tortura do encarcerado”, “tortura do encarcerado” como o propósito em 57,4% das situações, ou seja, cerca de 6, em cada 10 casos de tortura, encontraram o “castigo” como motivação.

Castigo significa punição, pena, sanção (imposta a alguém). É a um só tempo motivo e ação: pretexto para infligir a alguém o sofrimento e a própria inflição deste. Porque carrega elementos objetivo e subjetivo do tipo, o castigo como motivação encerra em si mesmo a explicação para a adoção da conduta delituosa por quem a pratica. O sofrimento infligido intencionalmente, sob a forma de espancamento, surras, pisas, chutes, pontapés, palmatoadas, golpes de cacete ou cassetete etc., quando ausente outra motivação expressa, é auto-explicativo: foi *castigo*.

Compreenda-se, desde logo, que o castigo de que trata o dispositivo em referência não é a punição ou pena legalmente previstos em lei, nem sanção imposta por quem possa aplicá-la, muito menos observando o processo e procedimento próprios de imposição. Não é demais lembrar que as penas permitidas pela Constituição Federal estão previstas no art. 5º, inciso XLVI, sendo que o inciso XLVII, desse mesmo dispositivo, desde logo aponta as penas proibidas. Em razão da crueldade intrínseca nos castigos consistentes em imposições de sofrimentos físicos, psicológicos ou morais, um tal castigo físico não pode ser admitido como pena corporal válida.

O castigo aqui é o sofrimento arbitrariamente imposto por quem se considera em condições de decidir por sua imposição, incidindo sobre aquele a quem se considera ser merecedor do sofrimento. Tanto o castigo, como o modo de imposição ocorrem não apenas à margem da lei, mas contra a lei, e mesmo se enquadrando em tipo penal delituoso. Assim, a tortura aplicada para castigar alguém carrega consigo o pressuposto de que aquele alguém merece sofrer. E quem inflige o sofrimento se considera autorizado pelos fatos – não pela lei – a aplicar tal castigo.
Embora a doutrina e a jurisprudência falem em penas corporais, fazem-no no sentido de separá-las das chamadas penas restritivas de direitos, não estando previstas em lei punições que possam constituir agressões ou ataques dirigidos diretamente ao corpo ou ao espírito de quem é condenado.

Por outro lado, o castigo – motivo e ação – assume também a forma de *lição* a ser dada a pessoas que precisam aprender a respeitar a lei, a respeitar a polícia, a não "se meter a besta". Até para aprender "a não correr da polícia", como identificou o TJDF no aresto a seguir transcrito:

> CRIME DE TORTURA – POLICIAIS MILITARES QUE ADENTRAM A CASA DA VÍTIMA, COLOCAM-NA NA VIATURA POLICIAL E A SUBMETEM A INTENSO E PROLONGADO ESPANCAMENTO PARA "APRENDER A NÃO CORRER DA POLÍCIA" – APLICAÇÃO DE CASTIGO PESSOAL – CARACTERIZAÇÃO DO DELITO INSCULPIDO NO INCISO II DO ART. 1º DA LEI DE TORTURA . Condenação que se impõe[328].

Castigo imposto, mas também ameaça de castigo. A promessa de castigo ou malefício a outrem, que pode causar dano físico, econômico ou moral, é forma de ameaça[329]. E, como tal, pode ser modo de realização do tipo penal tortura.

7.5.2.6 Como medida de caráter preventivo (Intimidação)

Essa medida de caráter preventivo significa, em verdade intimidação. Intimidação é a

---

[328] TJMG – APCR 000.303.429-5/00 – 2ª C.Crim. – Rel. Des. Luiz Carlos Biasutti – J. 10.04.2003. JCPP.383.
[329] TJPE – ACr 99773-1 – Relª Desª Helena Caúla Reis – DJPE 11.11.2003.

> [...] ação de alguém sobre outrem para lhe causar pavor ou medo, a fim de que anule a sua vontade. Revela-se, no plano jurídico, a ameaça de fazer mal ou de causar um dano, em represália ao que se pede para fazer ou não fazer. Equipara-se à coação. É a coação criada pelo medo, gerada do pavor.[330]

É a aplicação injustificável de ameaças ou força sobre uma pessoa para compeli-la a fazer algo, ou deixar de fazer algo a que está autorizada a fazer. É amedrontar alguém, para que faça ou deixe de fazer algo que se deseja.

A intimidação, também ela, pode ser, a um só tempo, motivo para a prática da tortura e tortura em si, já que o medo, o temor, o pavor, produzem danos na mente e no corpo.

O Supremo Tribunal Federal exige que a intimidação, para ser levada em conta, seja identificada em "base empírica e concreta", não apenas amparada em "juízos subjetivos de valor."[331]

Ainda, "deve haver a alusão clara a episódios que desvelam o propósito do agressor de intimidar."[332]

A intimidação é um motivo-meio que encobre ou reforça o motivo-fim. O fim último pode ser a manutenção da impunidade ou a obtenção da confissão desejada etc. A intimidação serve para incutir temor na vítima e, com isso, reduzir-lhe a resistência, para, assim, obter-lhe a passividade. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal identificou tais circunstâncias em hipótese em que "chutes e socos, usados pelos acusados foram hábeis e aptos a incutir temor suficiente nas vítimas e [a] reduzir suas resistências, colocando-as em condições de passividade."[333]

É importante descrever a intimidação sofrida, que deve constituir grave ameaça, a ser traduzida em atos e gestos. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

---

[330] SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico.** 10. ed.. Rio: Forense, 1987. Verbete "intimidação".
[331] STF – RHC 83179 – PE – TP – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 22.08.2003 – p. 00022.
[332] STF – HC 81148 – MS – 1ª T. – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 19.10.2001 – p. 00032.
[333] TJDF – APR 20020510047878 – DF – 1ª T.Crim. – Rel. Des. P. A. Rosa de Farias – DJU 27.08.2003 – p. 56.

identificou sua presença na conduta de réu que, para subtrair um bem, "apertou a vítima contra a parede e colocou a mão no bolso intimidando-a"[334].

A ocorrência anterior de crime grave, atribuído ao agente agressor, produzindo comoção e medo nas pessoas, foi considerada pelo Supremo Tribunal Federal intimidação capaz até de justificar a segregação provisória[335].

Quanto aos instrumentos de intimidação, não há rol indicativo dos considerados mais relevantes. Entretanto, o uso de armas capazes de produzir danos concretos e imediatos carrega consigo a credibilidade da produção do medo paralisante. Especialmente o uso de arma de fogo tem sido considerado competente não apenas para realizar intimidação, mas, em razão do medo que produz e da "impossibilidade de resistência pela vítima" "seja o crime interpretado como cometido mediante violência".[336]

O STJ chegou a editar a Súmula 174, segundo a qual, no crime de roubo, mesmo a intimidação feita com arma de brinquedo autorizaria o aumento da pena. Essa súmula foi cancelada[337]. Mas ainda está valendo a súmula nº 11 do TJDF, sobre o mesmo tema:

> O emprego de arma de fogo ineficiente, descarregada ou de brinquedo, quando ignorada tal circunstância pela vítima, constitui, também, causa especial de aumento de pena na prática do roubo, posto que capazes de causar a intimidação.

Em tema de intimidação, a profissão e os antecedentes de quem intimida são levados em consideração, havendo particular apreensão do Judiciário com o potencial intimidatório que possa vir a ser exercido por policiais.[338]

---

[334] TJRS – ACR 70005607106 – 8ª C.Crim. – Rel. Des. Roque Miguel Fank – J. 18.06.2003.

[335] No caso, a Juíza entendeu necessário manter a prisão pelos mesmos motivos da preventiva. Justificou que as testemunhas serão novamente ouvidas. E acresceu, ainda, o motivo da garantia da ordem pública, ao fundamento da repercussão nacional e internacional que o caso obteve. Além disso, amparou-se no conhecimento que tem da comoção e medo que o homicídio provocou nas pessoas. Atendeu assim, aos requisitos do CPP, arts. 311, 312 e 408, § 1º e § 2º. (STF – HC 80449 – RN – 2ª T. – Rel. Min. Nelson Jobim – DJU 14.06.2002 – p. 157).

[336] TJPE – HC 95185-5 – Rel. Des. Fausto Freitas – DJPE 23.08.2003.

[337] DJU 06.11.2001, p. 229. *Vide* também STJ – RESP 306987 – SP – 6ª T. – Rel. Min. Vicente Leal – DJU 14.10.2002.

[338] São ilustrativos: "[...] paciente, policial civil, acusado pela prática de extorsão, além de poder tumultuar a colheita de provas, tentou intimidar a vítima. A constrição, portanto, é medida que se impõe. - Recurso desprovido". (STJ – RHC 14381 – PR – 5ª T. – Rel. Min. Jorge Scartezzini – DJU

A intimidação pode ocorrer não apenas com a ameaça de uso de violência, mas igualmente com o uso abusivo e ilegítimo de denúncias, representações e queixas contra a vítima. Segundo interpretou o Supremo Tribunal Federal, a intimidação pode ser representada pela instauração de procedimentos penais ou civis sem causa legítima.[339]

A intimidação pode dar-se pela mera ameaça de agressão, esta sendo considerada suficiente para incutir medo nas vítimas.[340]

As palavras das vítimas assumem valor preponderante, quanto à ocorrência de intimidação.[341]

19.12.2003 – p. 00499)
"Demonstrando o juiz de forma efetiva o reconhecimento da materialidade do delito e de indícios de autoria, bem como as circunstâncias concretas ensejadoras da custódia cautelar, resta devidamente fundamentado o Decreto de prisão preventiva, fundado na garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e na aplicação da Lei Penal. Na espécie, trata-se de policial civil, detentor de maus antecedentes, contra quem existe outro inquérito destinado à apuração do cometimento em tese de crime conexo, o qual, por sua qualidade funcional, pode intimidar testemunhas, em prejuízo da instrução criminal." (STJ – HC 26160 – RO – 6ª T. – Rel. Min. Paulo Medina – DJU 16.06.2003 – p. 00412). "I. O simples fato de se encontrar o policial, fora do exercício de suas funções, não está a descaracterizar o crime de abuso de autoridade previsto no art. 3º, alínea I, da Lei nº 4898/65, notadamente se evidenciado que assim agiu, como se em serviço estivesse, sobretudo se de arma da corporação utilizou-se, com vistas a intimidar e/ou agredir a vítima. II. Recurso improvido. Unanimidade." (TJMA – ACr 17.387/2001 – (42.511/2002) – 1ª C.Crim. – Rel. Des. Antonio Fernando Bayma Araujo – J. 10.12.2002)

339 "O Magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir, exceto se, ao agir de maneira abusiva e com o propósito inequívoco de ofender, incidir nas hipóteses de impropriedade verbal ou de excesso de linguagem" (LOMAN, art. 41).
"A ratio subjacente a esse entendimento decorre da necessidade de proteger os magistrados no exercício regular de sua atividade profissional, afastando – a partir da cláusula de relativa imunidade jurídica que lhes é concedida – a possibilidade de que sofram, mediante injusta intimidação representada pela instauração de procedimentos penais ou civis sem causa legítima, indevida inibição quanto ao pleno desempenho da função jurisdicional. A crítica judiciária, ainda que exteriorizada em termos ásperos e candentes, não se reveste de expressão penal, em tema de crimes contra a honra, quando, manifestada por qualquer magistrado no regular desempenho de sua atividade jurisdicional, vem a ser exercida com a justa finalidade de apontar equívocos ou de censurar condutas processuais reputadas inadmissíveis. Situação registrada na espécie dos autos, em que o magistrado, sem qualquer intuito ofensivo, agiu no estrito cumprimento do seu dever de ofício." (STF – QCR 501 – DF – T.P. – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 28.11.1997) JLOMAN.41 JCPP.60.III JCPP.60 JCP.23 JCP.23.III JCP.142 JCP.142.III

340 TJDF – APR 20020510000870 – DF – 1ª T.Crim. – Rel. Des. Lecir Manoel da Luz – DJU 05.11.2003 – p. 57.

341 TJAC – ACR . 01.000473-4 – (1.558) – Rio Branco – C.Crim. – Relª Desª Eva Evangelista – J. 16.08.2001.

7.6 SUJEITO(S) ATIVO(S) (AGENTES AGRESSORES)

No Direito Internacional dos Direitos Humanos, o delito de tortura é crime próprio de agente público. É verdade que esse princípio foi atenuado parcialmente pelo Estatuto de Roma, que não menciona expressamente essa circunstância.

No direito brasileiro, apenas a figura típica prevista no art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.455/97, exige ser praticada por agente público, já que apenas agentes públicos podem ter sob custódia pessoas presas ou sujeitas a medida de segurança.

O tipo previsto no art. 1º, inciso II é crime próprio, mas não de agente público. É próprio daquele que tenha alguém sob sua guarda, poder ou autoridade. Foi o que decidiu o Eg. Superior Tribunal de Justiça:

> A figura típica prevista no art. 1º, inc. II, da Lei de Tortura, constitui-se em crime próprio, porquanto exige condição especial do sujeito ativo, ou seja, é um delito que somente poderá ser praticado por pessoa que tenha a vítima sob sua guarda, poder ou autoridade, como é o caso do delegado de polícia. 3. Adotando-se o conceito de autoridade como elemento normativo do tipo, previsto no art. 5º, da Lei nº 4.898/1965, a aplicação à espécie da majorante de pena ('se o crime é cometido por agente público'), estabelecida no art. 1º, § 4º, inc. II, inc. II, da Lei nº 9.455/1997, constituiria evidente bis in idem na valoração da condição pessoal do sujeito ativo. 6. Ordem parcialmente concedida para afastar o aumento da pena privativa de liberdade (de cinco meses) estabelecido com suporte no artigo 1º, § 4º, inciso II, da Lei nº 9.455/1997, em razão do clarividente bis in idem na valoração da condição pessoal do paciente (autoridade pública), mantendo, no mais, o acórdão condenatório[342].

7.7 SUJEITO(S) PASSIVO(S) (VÍTIMAS DE TORTURA)

A tortura é agressão direta à dignidade da pessoa humana, à sua liberdade, à sua integridade, à sua condição de pessoa. O bem jurídico protegido é a dignidade humana e sua integridade física e mental.

---

[342] STJ – HC 27290 – SC – 5ª T. – Relª Min. Laurita Vaz – DJU 02.02.2004 – p. 00341. JCP.44 JCP.44.I

Mas a tortura também é forma agravada de abuso de autoridade. É crime que macula a administração da justiça, embora o fato de ter sido a conduta criminalizada em lei penal específica pareça reduzir tal enfoque. Como dito, o tipo previsto no art. 1º, § 1º, da Lei 9.455/97, por exemplo, é uma das previsões do art. 350, do Código Penal: submeter pessoa presa ou submetida à medida de segurança à medida não prevista ou não autorizada em lei.

Sujeitos passivos ou vítimas da tortura, portanto, serão tanto a pessoa física, vítima direta, quanto o Estado, atingido pelas conseqüências produzidas na fase de formação da culpa, ou no julgamento baseado em provas ilícitas, ou no modo ilícito de execução penal.

Como elementares do tipo penal tortura, entretanto, a Lei 9.455/97 prevê no art. 1º, inc. I, e também no § 1º, há requerimento de ter a conduta criminosa sido praticada em pessoa sob guarda, poder ou autoridade, ou em pessoa presa ou sujeita à medida de segurança.

Examinaremos a seguir o que se deve entender por pessoa sob guarda, poder ou autoridade.

Quanto ao que se entende por pessoa presa ou sujeita à medida de segurança, remetemos à análise do tipo previsto no art. 1º, § 1º, da Lei 9.455/97, a que já fizemos referência tanto ao conceito de pessoa presa ou sujeita à medida de segurança, quanto ao que devesse se entender por ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

O inciso II do artigo 1º da Lei nº 9.455/97 inclui uma condição pessoal ao agente do tipo. Não são todas as pessoas que podem praticar tortura, mas somente quem tem alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade e emprega contra essa pessoa violência ou grave ameaça, causando intenso sofrimento físico ou mental, com o propósito de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Isto implica, por outro lado, que vítima da tortura é, igualmente, aquele alguém que esteja sob guarda, poder ou autoridade.

A expressão guarda “é empregada, em sentido genérico, para exprimir proteção, observação, vigilância ou administração.” [343] Assim, guarda presta-se a identificar várias situações jurídicas e fáticas. Sua incidência principal dá-se para significar o dever dos pais para com os filhos menores (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990). O dever de guarda (art. 22) obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente (art. 33).

O instituto da guarda também cumpre a função de regularizar a posse de fato (art. 33, § 1º). Um dos efeitos da guarda é conferir à criança ou adolescente a condição de dependente (art. 33, § 3º). Nesse sentido, guarda também é a situação de fato em que alguém, concretamente, já está em posição de receber, ou vem recebendo, assistência material, moral e educacional, mesmo por parte de quem não é pai nem mãe, nem detém guarda judicial. Por isso fala o art. 248, do ECA, em regularizar a guarda de adolescente. A contrário senso, a guarda pode ser situação de fato irregular, ou seja, pode ter alguém sob a guarda não formalizada ou não regularizada.[344]

Têm sido freqüentes casos de alegação de tortura, praticados por padrastos e madrastas, companheiros e companheiras de mães e pais de crianças, sobre enteados e enteadas, ou mesmo sobrinhos ou sobrinhas, de quem têm a guarda de fato.[345]

Uma das características dos crimes contra quem está sob guarda, segundo Monteiro de Barros, é a existência de "especial relação de subordinação da vítima ao agente, proveniente de direito público ou privado".[346]

---

[343] SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 10. ed.. Rio: Forense. 1987. verbete Guarda.

[344] “GUARDA – O INSTITUTO DA GUARDA VISA, SOBRETUDO, REGULARIZAR SITUAÇÃO DE FATO – Estando a criança na guarda fática dos avós maternos desde o nascimento, enquanto a mãe biológica já constituiu outra família, inclusive com prole, recomendável é a concessão da guarda àqueles que a cuidam desde o nascimento e a quem ela tem como referência familiar. O benefício previdenciário é estendido ao menor como conseqüência da regularização, não podendo ser tido como objetivo principal na demanda. Proveram. Unânime.” (TJRS – AC 70004796231 – 7ª C.Cív. – Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos – J. 18.12.2002)

[345] STJ - RESP 610.395 SC; TJSP Apelação Criminal 264.409-34-00; e.g.

[346] BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Crimes contra a Pessoa.** São Paulo: Saraiva, 1997. p. 156

Os estabelecimentos de ensino, públicos e privados, têm sob sua guarda imediata seus alunos, pelos que assumem "o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física", já que estão sob a "guarda, vigilância e proteção das autoridades e dos funcionários escolares" [347].

A expressão guarda algumas vezes é utilizada como sinônimo de custódia. Há razão para tal. Custódia significa "o estado da coisa ou pessoa, que está sob guarda, proteção ou defesa de outrem, como o próprio local em que alguma coisa está guardada ou em que alguma pessoa é tida".[348]

Preso sob guarda do Estado é chamado custodiado, portanto. E "custodiado" é alguém "submetido ao enclausuramento".[349] E

> [...] estando[350] o detento em estabelecimento prisional, com óbvia custódia e proteção direta do Poder Público, responsável por sua integridade física, caso ocorra sua morte, responde integralmente o Estado, por culpa in vigilando.[351]

Em caso em que um preso foi assassinado na cela por outro detento, o Supremo Tribunal Federal identificou culpa dos agentes públicos na custódia daquele, por ter sido "recolhido à cela com excesso de lotação" e não ter sido evitada a introdução de arma no recinto[352].

---

[347] STF – RE 109.615-2 – Rio de Janeiro – 1ª T. – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 02.08.1996.

[348] SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico.** 10. ed.. Rio: Forense. 1987. Verbete Custódia.

[349] STJ – HC 27840 – DF – 5ª T. – Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca – DJU 08.09.2003 – p. 00347.

[350] No mesmo sentido: "RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – ASSASSINATO DE DETENTO EM PRISÃO – CULPA *IN VIGILANDO* – INDENIZAÇÃO – A morte de detento em estabelecimento prisional acarreta a responsabilidade do Estado por culpa in vigilando, já que a vítima se achava sob a custódia e direta proteção do Poder Público, ao qual cumpria, através de seus agentes, velar por sua integridade física, como preceitua a Constituição da República. Responde a pessoa jurídica de direito público, da qual a autoridade carcerária que faltou com o dever de vigilância é servidor, pela indenização cobrada por familiares de detento assassinado em prisão. (IRP)" (TJRJ – AC 8662/2001 – (2001.001.08662) – 11ª C.Cív. – Rel. Des. Luiz Eduardo Rabello – J. 07.11.2001)
"CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA – Fuga de pessoa presa – Artigo 351, § 3º, do Código Penal – Agente penitenciário – Remoção de lixo – Diversas irregularidades cometidas durante a remoção – Fugitivo escondido dentro de tambores – Preso sob sua custódia – Indispensável a colaboração do réu – Robusta prova testemunhal da sua responsabilidade – Recurso não provido. "(TJSP – ACrim 235.899-3 – Campinas – 1ª CCrim. – Rel. Des. Antonio Manssur – 08.11.1999 – v.u.)

[351] TJMG – APCV 000.312.446-8/00 – 7ª C.Cív. – Rel. Des. Alvim Soares – J. 24.02.2003.

[352] STF – RE 170.014-9 – SP – 1ª T – Rel. Min. Ilmar Galvão – DJU 13.02.1998.

Também hospitais e estabelecimentos de saúde têm sob sua guarda seus pacientes. E são responsáveis por sua integridade física e mental.[353]

Aqui foi inserido o fator intenso sofrimento. É a intensidade do sofrimento que implicará na prática de ato que, se dirigido a alguém sobre quem se tenha guarda ou poder, tipificará o crime de tortura.

Essas duas últimas situações alcançam tanto agentes públicos quanto qualquer cidadão, mesmo que não detenha a condição de autoridade pública. Delegados, agentes penitenciários, mas também pais, patrões, diretores de escola, comandantes de embarcações, por exemplo, podem, no direito brasileiro, tornar-se autores do crime de tortura contra pessoas detidas, encarceradas, filhos, empregados, alunos, tripulantes, respectivamente. Esse é um aspecto inovador da lei no Brasil.

Quanto à conduta violenta em si, a violência ou a ameaça grave, para constituir tortura, tem de ser de severidade tal que provoque intensa dor física ou intenso sofrimento mental.

7.8 FIANÇA

[353] "AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – FALTA DE GUARDA – HOSPITAL – SUICÍDIO DE PACIENTE – DANO MORAL – RESSARCIMENTO DE DESPESAS DE FUNERAL – PREVISÃO LEGAL – ADMISSIBILIDADE (ART. 1.537, I, DO CC) – HONORÁRIOS CUSTAS – SUCUMBÊNCIA PARCIAL – INOCORRÊNCIA – Pesa sobre os hospitais a obrigação de incolumidade, onde o estabelecimento assume o dever de preservar o enfermo contra todo e qualquer acidente, como o suicídio, tentado ou consumado. A dor e o sofrimento pela perda do cônjuge devem ser ressarcidos a título de dano moral. A correção monetária não é um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita, e, como tal, é devida a partir do seu efetivo desembolso, devendo ser corrigida ex officio." (TAMG – AP 0357066-7 – São João Del-Rey – 4ª C.Cív. – Rel. Juiz Saldanha da Fonseca – J. 22.05.2002) JCCB.1537 JCCB.1537.I

No dizer de Tourinho Filho[354], “fiança, para o legislador processual penal, é uma garantia real”, que consiste “em depósito em dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou até mesmo em hipoteca inscrita em primeiro lugar”, que “visa a assegurar, no caso de condenação, o pagamento das custas, da satisfação do dano *ex delicto* e de eventual multa”.

Fernando Capez[355] observa que “é uma caução destinada a garantir o cumprimento das obrigações processuais do réu”, que se constitui em “direito subjetivo constitucional do acusado”, de ser observado “desde a prisão em flagrante até o trânsito em julgado da sentença condenatória”.

Nos termos do art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, regulamentado pela Lei nº. 8.072/90, art. 2º, II, a tortura figura, ao lado dos crimes hediondos, do tráfico de drogas e do terrorismo, como delito inafiançável, ou seja, o acusado da prática do delito de tortura não tem direito subjetivo constitucional a garantir o cumprimento das suas obrigações processuais por meio de uma caução.

A prática de tortura é crime inafiançável. Isto significa dizer que o responsável não pode depositar, perante a autoridade policial ou judiciária, importância em dinheiro, como condição para responder a processo em liberdade, dando aquele dinheiro como garantia de que se fará presente aos atos processuais. Mas também não implica dizer que, colhido em flagrante, tenha de responder preso a todo o processo.

Mesmo para a prática da tortura prevalecem os outros valores constitucionais, que asseguram a todo acusado o devido processo legal, com a presunção de inocência e, em princípio, o direito de responder em liberdade, quando não presentes as circunstâncias referidas acima.

O Tribunal de Justiça da Bahia entendeu que,

> Ainda que se trate de crime de tortura, admite-se a possibilidade de concessão de liberdade provisória à vista da desnecessidade da

[354] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 480 e 481.
[355] CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 247.

> manutenção da prisão do paciente, preso não em flagrante. O simples fato da tão-só hediondez do delito não elide a concessão do benefício, em virtude dos princípios constitucionais pertinentes.[356]

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que, por não ter direito à fiança, o réu também não teria direito à liberdade provisória, desde que "[...] decorre de imperativa determinação legal e constitucional, [...] a necessidade da custódia, presumida de forma absoluta pela Lei".[357]

Nota-se, nesse julgado, ausência de adequada observância da norma contida no artigo 312, do Código de Processo Penal, que admite prisão preventiva como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

É de se reconhecer, contudo – e para tal não é preciso muito esforço - que o agente público responsável por tortura, especialmente nas situações em que ordinariamente a ela ocorre – dentro das delegacias de polícia, ou dentro das penitenciárias – caso mantido em liberdade, poderá interferir na instrução criminal, bem assim terá grande probabilidade de cometer novos atos de tortura, precisamente, porque não costumam ser atos isolados, mas frutos de uma sistemática de atuação.

---

[356] TJBA – Proc. 7.141-8/2003 – (40523) – 1ª C.Crim. – Rel. Des. Antônio Lima Farias – J. 21.08.2003.

[357] STJ – HC 23725/DF – 6ª T. – Rel. Min. Hamilton Carvalhido – DJU 28.10.2003 – p. 00364.

8. O PROBLEMA DA INVESTIGAÇÃO E DA PROVA DA TORTURA

Vimos que a herança histórica de nossa formação enquanto Estado, quer pela práxis adotada pelo colonialismo português, quer pelas amargas experiências ditatoriais que vivenciamos, influenciou fortemente o modo pelo qual a sociedade em geral encara a tortura e como os agentes do Estado adotam tal prática, como um fato natural ou banal.

Isso significará que estamos condenados a repetir tratamentos desumanos e degradantes e aplicar tortura sobre os excluídos e despossuídos como fato normal, banal e corriqueiro? Ou haverá outras explicações para a persistência desse mal entre nós?

Analisando a prática da tortura no ambiente europeu, Antonio Cassese chegou a algumas conclusões muito próximas das que já chegaram a organismos internacionais e nacionais de direitos humanos, que examinaram a situação da tortura no Brasil. Também ele identificou que "noventa por cento daqueles que sofrem abuso vêm das classes desfavorecidas e são ignorantes dos seus direitos".[358] E reconheceu que

> [...] em alguns países há uma tradição de violência física, enraizada na sociedade, assim sérias sevícias de pessoas suspeitadas de crime não são vistas como comportamento aberrante e anormal de alguns poucos, mas como expressão – de um certo modo excessivo – de largamente difundidas relações interpessoais.[359]

Mas, mesmo levando em conta tudo isso, ele completa:

> [...] costumes sociais e tradição histórica não são suficientes para explicar o que ocorre em alguns países da Europa. Há um outro fator: freqüentemente os Estados não conferem aos aplicadores da lei meios eficazes de obter evidências e prova material. Nem são dados treinamentos adequados tanto no que diz respeito às modernas técnicas de investigação, quanto à ética de suas profissões ou mesmo uma base legal.[360]

---

[358] CASSESE, Antonio. **Inhuman States**. Cambridge (USA): Polity, 1996.p. 17.
[359] Idem, pág. 67.
[360] CASSESE, Antonio. **Inhuman States**. Cambridge (USA): Polity 1996. p. 68.

O conhecimento do funcionamento real do aparelho do sistema de justiça e segurança vai ajudar a entender por que o que dever ser ainda não é. A primeira indagação, portanto, deve ser a quem dirigir a alegação de prática de tortura.

8.1. A QUEM DIRIGIR A ALEGAÇÃO DE PRÁTICA DE TORTURA

A pergunta pode parecer óbvia, mas a resposta não é tão óbvia assim. Isso porque, considerando que a tortura é praticada por agentes do Estado, muitos dos quais policiais civis, a quem recorrer, para ver investigada a ocorrência, identificados e processados os autores, para serem, ao final, julgados e condenados?

No âmbito interno dos órgãos do Poder Executivo, as alegações de tortura podem ser dirigidas aos órgãos responsáveis pela disciplina e correição ou pelo monitoramento de suas atividades. Corregedorias e ouvidorias, por exemplo. Mas, constituindo fatos criminosos, as alegações de tortura devem ser comunicadas às autoridades policiais, para a devida instauração de procedimento investigatório, ordinariamente por meio de inquérito policial.

O Ministério Público também pode receber tais alegações. A partir disso, deve requisitar instauração de inquérito policial, sem prejuízo de poder realizar diligências investigatórias.

A alegação de tortura também pode ser formulada ao juiz, cabendo a este encaminhar as peças ao Ministério Público, para proceder como determina a lei.

Esses são os caminhos formais, algumas vezes burocráticos e protocolares, no mais das vezes, sem garantia de seguimento da alegação. Por isso, surgem novos atores, que não integram a estrutura do Estado, e terminam sendo os maiores protagonistas das denúncias de abusos policiais e de práticas de tortura: as organizações não-governamentais. Atendem por nomes diversos – conselhos de defesa da pessoa humana, ouvidorias, conselhos de direitos humanos, pastorais carcerárias, Movimento Nacional de Direitos Humanos, comissões parlamentares de direitos

humanos etc. Ao lado desses atores, que desempenham seus papéis no cenário nacional, há ainda ONGs internacionais, que fazem a articulação das denúncias locais com difusão internacional, especialmente, junto aos órgãos de monitoramento no âmbito da ONU e da OEA. Tais são, por exemplo, a *Amnesty International*, a *Human Rights Watch*, a *Association for the Prevention of Torture*, a *Franciscans International*, entre tantas outras.

São essas organizações que têm, na prática, encaminhado denúncias aos órgãos nacionais de controle da atividade policial e aos órgãos internacionais de monitoramento dos tratados de direitos humanos.

É interessante observar, como se fará adiante, que a quase totalidade das condenações por tortura, ocorridas no âmbito doméstico, decorreram de denúncias de vizinhos, investigadas pela polícia. Já as poucas condenações de agentes públicos decorreram em grande parte de iniciativas investigatórias do Ministério Público.

8.2. QUEM DECIDE INICIAR UMA INVESTIGAÇÃO

A principal causa da impunidade da tortura é a ausência de investigação. Como visto anteriormente, as polícias civil e militar são as maiores responsáveis pela tortura. E a elas cabe a investigação dos fatos criminosos.

O maior problema, no Brasil, é que não há o reconhecimento do direito da vítima a uma investigação. A grande discussão no Supremo Tribunal Federal hoje é saber quem tem poder de investigar, se só a polícia, ou se, além da polícia, o Ministério Público. A nosso sentir, falta o devido foco à verdadeira pergunta: há um direito da vítima a ter a violação a seu direito investigado? Em caso positivo, há um dever de investigar? Se existe, a quem cabe a investigação? Ao longo de nosso estudo responderemos afirmativamente à primeira colocação – sim, é direito da vítima ter a violação a seu direito investigado – e, de modo plural, à segunda: várias são as autoridades a quem cabe o dever de investigar.

Como regra geral, a investigação é atividade própria de polícia judiciária. Havendo interesses federais em questão, a polícia judiciária é a polícia federal (CF, art. 144, IV). Às polícias civis estaduais, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares (CF, art. 144, § 4º). Tortura não é considerada infração penal militar, pelo que é de ser investigada pela polícia civil e julgada pela justiça comum estadual, mesmo quando envolva militares.[361]

A polícia judiciária é exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e tem por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. (CPP, art. 4º)

A tortura é crime de ação pública. Nesses casos, a própria polícia, tomando conhecimento do fato, deve, de ofício, dar início ao inquérito policial (CPP, art. 5º, I). Mas tal início pode ser requisitado (o que implica sua obrigatoriedade) pela autoridade judiciária ou pelo Ministério Público.

A vítima, também chamada no processo penal de ofendido, ou quem tiver qualidade para representá-la, pode dirigir requerimento ao delegado, solicitando abertura de investigação.

O Código de Processo Penal indica o que deve conter tal requerimento (art. 5º, § 1º): a) a narração do fato, com todas as circunstâncias; b) a individualização do indiciado ou seus sinais característicos e as razões de convicção ou de presunção de ser ele o autor da infração, ou os motivos de impossibilidade de o fazer; c) a nomeação das testemunhas, com indicação de sua profissão e residência

O delegado não é obrigado a instaurar inquérito a requerimento do ofendido, mas de sua decisão indeferindo a abertura de inquérito cabe recurso administrativo para seu superior hierárquico, ao qual o Código chama de “chefe de polícia”.

---

[361] 1. Compete à Justiça Comum o processo e julgamento de policial militar acusado da prática de crime de tortura. (STJ – RHC – 11532 – RN – 5ª T. – Rel. Min. Edson Vidigal – DJU 24.09.2001 – p. 00321)

> Como a investigação criminal, de regra, se inicia junto à Polícia, acaba sendo esta que decide se realmente investigará, ou não, determinado caso, ao passo que o Ministério Público e o Judiciário somente tomarão conhecimento do fato criminoso, se a Polícia assim o entender. Ou seja, na atual estrutura de Justiça Criminal Brasileira, tanto o Ministério Público quanto o Judiciário acabam trabalhando somente naquilo que interessa à Polícia. No mesmo sentido, o alerta Ela Wiecko V. de Castilho[362]:
> [...] Na prática é a transformação da Polícia em **dominus litis**. Sim, porque de nada serve ao MP ter o monopólio da ação penal pública, se quem decide o quê, como e quando deve ser objeto de ação penal é a Polícia.[363] (grifo nosso)

A crítica não é feita apenas à situação da polícia no Brasil. Mas se estende a toda instituição que decide se realiza ou não investigações.

Figueiredo Dias e Costa Andrade[364] refletem acerca da relação existente entre crimes conhecidos ou esclarecidos *pela polícia,* ou processados, e o papel desempenhado pela vítima. Nas situações envolvendo alegações de tortura, a denúncia da vítima desempenha papel vital. Especialmente aqui serve a advertência: nem toda vítima faz desencadear investigações. Só as capazes de se justificar como tais, ou seja, não é toda vítima que consegue fazer com que a polícia inicie uma investigação. E é a polícia que define quem e o que investigar.

As conclusões a que chegaram esses pesquisadores apontam no sentido de que a polícia não investiga quando a vítima se opõe fortemente, nem quando o investigado é muito poderoso.

---

[362] CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Investigação Criminal pelo Ministério Público. **APMP em revista.** Órgão Informativo da Associação Paranaense do Ministério Público, Curitiba, Ano III, nº 8, p. 22-24, jul. 1999.
[363] GUIMARÃES, Rodrigo Régnier Chemim. **Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público.** Curitiba: Juruá, 2002. p. 67.
[364] DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manoel Costa. **Criminologia.** Coimbra: Coimbra, 1997. p. 447.

8. 3. A QUEM INCUMBE PROVAR A TORTURA

A questão do ônus da prova da tortura, como vista pelos tribunais, está sendo abordada adiante, em tópico próprio. Para o momento, cabe a reflexão de que a tortura é crime de ação penal pública incondicionada. É crime, cuja ação penal é de iniciativa do Ministério Público. A este, amparado em investigações próprias, ou em investigações pela polícia, é que incumbe provar a tortura. Entretanto, como o contato, que o sistema de justiça e segurança tem com a temática da tortura, é quando sua vítima é acusada de uma prática delituosa, a alegação da tortura termina ocorrendo no momento do interrogatório judicial ou da defesa prévia. O ônus da prova termina sendo inteiramente atribuído ao réu. O que significa dizer, o ônus de investigar os autores e provar a conduta. Como condição para desqualificar a prova produzida contra si.

Os princípios gerais aplicáveis ao processo penal em geral também o são, no que diz respeito à comprovação da prática de tortura. Essa, aliás, é exigência contida na própria Convenção contra a Tortura, que requer que as regras sobre prova, para fins de processo e condenação, sejam de rigor equivalente às exigências para condenação em crimes graves, e que aos acusados seja garantido *tratamento justo* em todas as fases do processo (artigo 7º).

Assim, são aplicáveis as regras gerais do processo penal brasileiro, segundo as quais a prova da alegação incumbirá a quem a fizer (Código de Processo Penal, art. 156). Mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Quando a prática da tortura deixar marcas, aplica-se o contido no art. 158, do CPP, segundo o qual “quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.

É certo que, não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta. (CPP, art. 167).

A jurisprudência inclina-se no sentido de exigir que a tortura seja provada por quem alega. Ainda, considera que tortura praticada na fase do inquérito não vicia, necessariamente, a ação penal.

Alegação de tortura que em nenhum momento se provou não há como poder ser considerada: o que não está nos autos, não está no mundo[365].

Se a sentença condenatória se baseou em provas colhidas em juízo, a alegação de tortura e ameaça quando do inquérito policial não é causa de nulidade da sentença[366]:

> Não se havendo comprovado a alegação de tortura; estando superadas eventuais irregularidades no auto de prisão em flagrante, pela superveniente condenação por sentença e acórdão confirmatório; havendo-se apoiado tais julgados não só em elementos do inquérito, mas também da intimação judicial; não estando os agentes policiais, que participaram da prisão em flagrante, impedidos de prestar depoimento como testemunhas; e estando caracterizado o tráfico internacional de entorpecentes, disso resultando a competência da Justiça Federal para o processo e julgamento da ação penal: não se caracteriza o alegado constrangimento ilegal[367].

> A simples alegação da ocorrência de sevícias, na fase policial, não afeta a validade da sentença condenatória que se fundou em amplo quadro probatório. A opção pela versão deduzida por uma dada testemunha, em detrimento de outra, cabe ao juízo processante, estando envolvida, em eventual reexame, matéria de mérito vinculada a minúcias fáticas. A homologação de desistência da testemunha, por quem a indica, não pode justificar alegação de cerceamento de defesa[368].

A tortura, como forma de obter a confissão do réu, deve estar provada nos autos para ser admitida pelo julgador, que não deve aceitar a mera alegação[369].

---

[365] STF – HC 73.565 – SC – 2ª T. – Rel. Min. Maurício Corrêa – DJU 20.09.1996.
[366] STF – HC 71.621 – MG – 1ª T. – Rel. Min. Moreira Alves – DJU 10.03.1995.
[367] STF – HC 68.487 – RS – 1ª T. – Rel. Min. Sydney Sanches – DJU 15.03.1991.
[368] STF – HC 70.834 – SP – 1ª T. – Rel. Min. Ilmar Galvão – DJU 06.05.1994.
[369] TJMT – ACr 2.406/97 – Classe I – 14 – Cáceres – 1ª C.Crim. – Rel. Des. Carlos Avallone – J. 06.05.1997.

A versão de que a confissão policial fora obtida mediante tortura, sem prova convincente, não merece guarida, mormente diante da presunção de legitimidade dos atos praticados por autoridades públicas[370].

Se o réu, em sua defesa, alega que a confissão foi obtida após sessões de tortura e afogamento, a ele cabe demonstrar a veracidade das alegações. Não conseguindo provar o alegado, admite-se a confissão feita com riqueza de detalhes[371].

A alegação de tortura, desacompanhada de prova e partindo de preso foragido de penitenciária e considerado de alta periculosidade, não oferece credibilidade[372].
Sem qualquer eficácia jurídica a alegação de a confissão ter sido produto de tortura policial sem que esse fato tenha sido comprovado devidamente[373].

Esse conjunto de decisões evidencia que o Judiciário se tem deparado com alegações de tortura formuladas por ocasião dos interrogatórios dos ofendidos ou vítimas da tortura, que são réus em processos penais.

De um modo geral, o Judiciário não tem ajudado a entender qual o ônus do ofendido, ao alegar ter sido torturado. Ora, o que *o* ofendido tem de provar é seu sofrimento, sua dor e colaborar com a polícia e a justiça, procurando fornecer detalhes e informações que levem à prova da autoria e da própria materialidade do delito. Mas caberia à polícia realizar as investigações necessárias para obter as provas da autoria e sua materialidade, como faz com os crimes em geral, e como faz com outros crimes em que ocorra uso de violência.

Ao exigir do ofendido que prove a tortura, o Judiciário não tem cumprido nem tem feito que os demais órgãos do sistema de justiça e segurança cumpram com seus papéis. Isso porque, ao fazer incidir inteiramente sobre o ofendido o dever de provar a tortura, passou como que a exigir não só prova de que sofreu tortura, mas também

[370] TJMS – ACr – Classe A – XII – N. 54.749-3 – Miranda – 1ª T.Crim. – Rel. Des. Gilberto da Silva Castro – J. 21.10.1997.
[371] TJMT – ACr 1.918/94 – Classe I – 14 – Várzea Grande – 1ª C.Crim. – Rel. Des. Carlos Avallone – J. 04.04.1995.
[372] TJSC – HC 9.695 – SC – 1ª C.Crim. – Rel. Des. Nauro Collaço – DJSC 25.03.1991 – p. 9.
[373] TJMS – ACr – Classe A – XII – N. 55.120-2 – Campo Grande – 2ª T. – Rel. Des. Marco Antônio Cândia – J. 20.05.1998.

que cumprisse o papel de investigador, para trazer a juízo todos os detalhes necessários à desconstituição da força probante contra si (ordinariamente resultante de confissão ou declaração) e incriminatória contra seus algozes.

O problema agrava-se quando se observa o momento processual em que a alegação de tortura costuma ser formulada. Como regra geral, esta se dá quando o ofendido é conduzido à presença de um juiz, para seu interrogatório, em uma ação criminal em que figura como acusado, e ali indica, para o juiz, ter sido vítima de tortura.

Como a doutrina e a jurisprudência brasileira consolidaram o entendimento de que *o* interrogatório era ato do juiz*,* sem direito a contraditório [374], caberia ao juiz formular ao acusado/ofendido indagações sobre quem fez o que, como, quando e onde. E também caberia ao juiz encaminhar tais declarações para o Ministério Público, para que este requisitasse as investigações pela polícia, em torno da questão.

Por outro lado, o Judiciário brasileiro revela desconhecimento acerca das obrigações contraídas pelo Brasil, em razão dos tratados internacionais de direitos humanos, que implicam a inversão do ônus da prova, em matéria de tortura, no que respeita à validade das informações obtidas, em confissão, de alguém que alega ter sido vítima de tortura.

O Comitê de Direitos Humanos, da ONU, que monitora a implementação do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, tem consistentemente examinado o problema do ônus da prova de violações de direitos humanos, especialmente no que respeita a prova da ocorrência de tortura. Em um dos primeiros casos, já decidiu:

> Bleir v Uruguai (Doc. A/37/40, p. 130): Com relação ao ônus da prova, este não pode restar apenas no autor da comunicação, especialmente considerando que o autor e o Estado parte não têm sempre igual acesso às provas e que frequentemente só o Estado parte tem acesso à informação relevante.

---

[374] Veremos as profundas mudanças produzidas pela Lei 10.792/2004, que alterou o CPP, e trouxe o contraditório para o interrogatório.

> Em casos em que o autor tiver submetido ao Comitê alegações com suporte em prova testemunhal substanciosa, como é o presente caso, e onde maior clarificação do caso depende de informação exclusivamente nas mãos do Estado parte, o Comitê pode considerar tais alegações como fundamentadas na ausência de prova e explanação satisfatória em sentido contrário, pelo Estado parte."[375]

Ainda recentemente, o Comitê teve oportunidade de examinar o quarto relatório periódico do México (CCPR/C/123/Add.1) em suas sessões 1762 e 1763 (CCPR/C/SR.1762 e 1763), realizadas em 16 de julho de 1999, e adotou, entre outras observações finais recomendações, a seguinte:

> 7. O Comitê está preocupado que exista a possibilidade de atribuir a um acusado o ônus da prova de que a confissão tenha sido obtida por coerção, e que confissões obtidas mediante coerção possam ser utilizadas como prova contra um acusado.
> O Estado-parte deveria alterar suas normas legais conforme necessário para assegurar que seja do Estado o ônus da prova de que uma confissão, usada como prova, tenha sido feita pelo acusado por sua livre vontade, e que confissões obtidas pela força não possam ser usadas como prova em procedimentos judiciais.[376]

Isso significa a necessidade de inversão do ônus da prova. Especialmente em um contexto em que o Estado-acusador ou o Estado-juiz queira utilizar uma confissão ou declaração a que o acusado afirme ter sido produzida mediante coerção ou tortura, deve o Estado demonstrar que a confissão ou declaração foi obtida de modo lícito.

8.5 QUEM DECIDE QUE PROVAS PRODUZIR

---

[375] MCGOLDRICK, Dominic. **The Human Rights Committee**. Oxford: Clarendon, 1994. p. 149. Tradução nossa. No original: *BLEIR v URUGUAY (Doc.A/37/40, p.130)*: "With regard to the **burden of proof**, this cannot rest alone on the author of the communication, especially considering that the author and the State party do not always have equal access to the evidence and that frequently the State party alone has access to the relevant information. In cases where the author has submitted to the Committee allegations supported by substantial witness testimony, as in this case, and where further clarification of the case depends on information exclusively in the hands of the State party, *the Committee may consider such allegations as substantiated in the absence of satisfactory evidence and explanations to the contrary submitted by the State party*

[376] UNITED NATIONS. Human Rights Committee. **Concluding observations of the Human Rights Committee :** Mexico. 27/07/99. CCPR/C/79/Add.109. Disponível em: <http://www.unhchr.ch. Acesso em: 30 ago. 2005. No original: "7. The Committee is concerned that the possibility exists of placing on an accused person the burden of proof that a confession has been obtained by coercion, and that confessions obtained by coercion may be used as evidence against an accused person. The State party should amend the provisions of the law as necessary to ensure that the burden of proof that a confession used in evidence has been made by the accused person of his own free will shall lie with the State, and that confessions obtained by force cannot be used as evidence in trial proceedings."

O Brasil adota a sistemática de investigações preliminares ordinariamente pela polícia judiciária, por meio de inquérito policial. Pode o Ministério Público realizar investigações e deve fazê-lo quando simultaneamente precisar realizar o controle externo sobre a atividade policial.

A doutrina criou o conceito do caráter meramente informativo do inquérito policial. Esse conceito foi transformado em um mito pelo Judiciário. As implicações desse mito serão desastrosas para a defesa e para as garantias democráticas.

Aury Lopes Jr. lembra que, no sistema de investigação preliminar adotado pelo Brasil, "a policia não é um mero auxiliar, senão o titular [...], com autonomia para dizer as formas e os meios empregados na investigação e, inclusive, não pode afirmar que existia uma subordinação funcional em relação aos juízes e promotores*".*[377] Ainda, será a polícia que "praticará ela mesma as provas técnicas que julgar necessárias, decidindo também quem, como e quando será ouvido". Adverte, entretanto, que "para aqueles atos que impliquem a restrição de direitos fundamentais , deverá solicitar ao órgão jurisdicional".[378]

Um fator que dificulta a produção de prova contra os perpetradores de atos de tortura é a credibilidade que lhes é dada, e a ausência de credibilidade conferida às vítimas. Não se perca de vista que, em geral, os responsáveis pela tortura são agentes do Estado, incumbidos da manutenção da ordem e da segurança (caso dos policiais militares) ou da investigação dos crimes e sua autoria (caso das polícias civis). Lá e aqui, os responsáveis pela violência contra as pessoas detidas é que prestarão depoimento nos inquéritos policiais, exibindo-se como agentes da lei e da ordem e carregando consigo os fora-da-lei e desordeiros.

Que dizem os tribunais?

[377] LOPES JR., Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003. p. 63.
[378] LOPES JR., Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.p. 63.

O Supremo Tribunal firmou o entendimento de que não há irregularidade no fato de o policial que participou das diligências ser ouvido como testemunha no processo[379]. Pelo simples fato de integrar o serviço de segurança pública, não está o policial impedido de depor como testemunha.[380]

A condição de policial não desqualifica a testemunha[381].

Até aí, não há problemas mais sérios, nem padrão algum que agrida ou viole parâmetro internacional, adotado por outras sociedades democráticas. Problemas começam a surgir quando os estereótipos narrados na abertura dessa subseção começam a prevalecer nos tribunais.

> Valoração da Prova. Princípio do livre convencimento do Juiz. O Juiz aprecia livremente a prova dos autos, indicando os motivos que lhe formaram o convencimento. O número de testemunhas não é relevante para a comprovação de um fato, mas sim a idoneidade e a credibilidade do depoimento, eis que o direito atual, tendo repelido o sistema da prova legal, repudia o brocardo jusromanista do *testis unius, testis nullius*. Desconsiderar o passado impecável de uma autoridade, bem como o seu elogiável perfil profissional, para dar credibilidade ao que disseram testemunhas a respeito da apologia à tortura que teria sido feita no recesso de um gabinete, importaria na inversão do valor das provas e na própria negação do direito processual[382].
>
> É válida a prova produzida pelos depoimentos dos policiais que participaram da prisão do agente, não podendo o julgador suspeitar, por princípio, daqueles que o próprio Estado encarrega de zelar pela segurança da população[383].
>
> A prova testemunhal obtida por depoimento de agente policial não se desclassifica na suposição de que tende a demonstrar a validade do trabalho realizado; é preciso evidenciar que ele tenha interesse particular na investigação ou, tal como ocorre com as demais testemunhas, que suas declarações não se harmonizem com outras provas idôneas. Precedente[384].

---

379 STF – HC 71.422 – DF – 2ª T. – Rel. Min. Carlos Velloso – DJU 25.08.1995.
380 STF – HC 75.791 – SP – 1ª T. – Rel. Min. Sydney Sanches – DJU 19.12.1997.
381 STF – HC 74.899 – MG – 2ª T. – Rel. Min. Maurício Corrêa – DJU 07.11.1997.
382 TJRJ – AC 9.376/1999 – (Ac. 04111999) – 2ª C.Cív. – Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho – J. 10.08.1999.
383 TJRJ – ACr 180/99 – (Reg. 200.599) – 1ª C.Crim. – Rel. p/o Ac. Des. Ricardo Bustamante – J. 23.03.1999.
384 TJSC – ACr 98.001935-4 – SC – 1ª C.Crim. Rel. Des. Amaral e Silva – J. 28.04.1998.

8.5. COMO PRODUZIR PROVAS DA TORTURA

O Centro de Direitos Humanos da Universidade de Essex, na Inglaterra, desenvolveu estudos, objetivando identificar mecanismos que possibilitassem a comprovação de alegações de tortura, objetivando romper o círculo de impunidade.

Pesquisa nesse sentido foi conduzida por Camille Giffard, orientada pelo professor Sir Nigel Rodley, docente daquela universidade e relator especial das Nações Unidas para Tortura, resultando em publicação recente, intitulada *The Torture Reporting Handbook*.[385] Da leitura do manual é possível extrair importantes conclusões.

A autora inicia apontando os princípios básicos sobre produção de prova de prática de tortura, advertindo que, para que alegações de práticas de tortura sejam bem documentadas, é necessário ter à mão informação de boa qualidade, com precisão e confiabilidade.

Uma informação é reputada de boa qualidade quando atenta, simultaneamente, para vários fatores, tais como: fonte da informação; nível de detalhes; presença ou ausência de contradições; presença ou ausência de elementos que corroboram ou enfraquecem a alegação; amplitude em que a informação revela um padrão de comportamento; atualidade ou ancianidade da informação. Informação de muito boa qualidade é a de primeira mão, detalhada, coerente, corroborada por vários outros ângulos, que demonstra um padrão de conduta, e que é atual.

Precisão e confiabilidade da informação são obtidas mediante a adoção de precauções gerais, tais como conhecer a fonte das informações; ter familiaridade com a fonte e com o contexto; manter contatos com a fonte de informações; tratar cautelosamente informações vagas e genéricas; evitar basear-se unicamente em matérias e reportagens divulgadas pela mídia.[386]

---

[385] GIFFARD, Camille. **The Torture Reporting Handbook**. Essex: Human Rights Centre, University of Essex, 2000.
[386] GIFFARD, Camille. **The Torture Reporting Handbook**. Essex: Human Rights Centre, University of Essex, 2000. p. 30-47.

Essencialmente, devem ser registradas informações a respeito de quem fez o que a quem; quando, onde, por que e como. Portanto, o esforço deve ser no sentido de identificar a vítima; identificar o perpetrador (agressor); descrever como a vítima caiu nas mãos dos agentes públicos; explicar onde a vítima foi apanhada/mantida; descrever a forma de maus-tratos; descrever qualquer medida oficial adotada com relação ao incidente (inclusive afirmando não ter havido nenhuma providência).

O ideal é obter relato detalhado e informativo, que proporcione oportunidades de obtenção de corroboração. O fornecimento de detalhes pode ajudar a identificação dos perpetradores; torna possível, eventualmente, identificar o lugar onde a prisão se deu, e onde os maus-tratos ocorreram; permite que se busquem – e eventualmente que se encontrem – instrumentos utilizados para a prática dos maus-tratos, em caso de visita ao lugar em que tenham ocorrido; esclarece o propósito da prisão e do interrogatório da vítima; informa condições em que a vítima foi detida; descreve os maus tratos de modo preciso, tornando possível a um perito médico-legal expressar sua opinião quanto à verossimilhança, em face das lesões sofridas pela vítima; descreve as lesões sofridas pela vítima, inclusive seu estado emocional.

Ao se produzir uma prova, não se pode perder de vista que fazer uma forte alegação não é apenas apresentar a narrativa de alguém sobre o que aconteceu. É também fazer os outros acreditarem que os fatos relatados são verdadeiros.

A prova pode tomar a forma de relatório médico, avaliação psicológica, declaração da vítima, declarações de testemunhas, ou outras formas de provas de terceiros, tais como pareceres de médicos ou outros peritos (especialistas).

Um laudo médico é provavelmente o mais importante meio de prova que se pode obter e pode acrescentar forte base de sustentação aos depoimentos de testemunhas. É raro que um laudo médico seja conclusivo, porque muitas formas de tortura deixam poucos traços, e muito poucas deixam sinais por maior espaço de tempo; ainda, é sempre possível que lesões ou marcas que são alegadas como tendo resultado de tortura possam ter origem em outras causas.

O que um laudo médico pode fazer é demonstrar que as lesões ou o padrão de comportamento registrado na suposta vítima são consistentes com a prática de tortura descrita. Onde houver uma combinação de prova física e psicológica consistente com a alegação, isto fortalecerá o valor geral do laudo médico.

Essas observações da autora guardam harmonia com as reflexões extraídas pelo professor Antonio Cassese, que presidiu o CPT (Comitê para Prevenção da Tortura), no âmbito europeu.

Antonio Cassese lembra que cinco tipos de prova são de importância crucial: o depoimento da vítima de tortura; o exame médico da equipe de investigadores do Comitê; os registros médicos compilados, em momentos distintos (por exemplo, antes de o detido ser transferido de uma delegacia de polícia para uma prisão); descobertas de locais de tortura – e durante algumas visitas de sorte, os próprios instrumentos utilizados; e a reação dos policiais às indagações precisas e investigativas sobre a matéria.[387]

Essas observações são extremamente importantes, para que as autoridades brasileiras compreendam a necessidade de fortalecer o Programa Federal de Assistência a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas, criado pela Lei nº 9.897, de 13 de julho de 1999. Ainda, para que identifiquem mecanismos de conferir maior autonomia e independência aos institutos de polícia técnica e científica, especialmente aos peritos médico-legais.

O delito de tortura é construção legal recente. Disso resulta que o Judiciário, por não ter tido tempo, ainda, não teve oportunidade de examinar muitos casos referentes à prática de tortura nas várias instâncias recursais.Mas há o delito de *abuso de autoridade,* previsto em lei de 1965, com farta jurisprudência, cujos princípios podem nortear o entendimento das cortes, quando confrontadas com casos de tortura.

Vejam-se, por exemplo, os casos adiante colacionados, quando tribunais de justiça foram capazes de romper o círculo de impunidade, a partir do momento em que reconheceram a realidade em que os fatos praticados se desenvolviam: recintos de

[387] CASSESE, Antonio. **Inhuman States**. Cambridge (USA): Polity 1996. p. 75.

delegacias ou ambientes prisionais, sem testemunhas externas, praticados por agentes da lei, contra pessoas detidas:

> Abuso de autoridade. Invasão de domicílio e vilipêndio a incolumidade física do indivíduo. Decisão condenatória calçada em provas convincentes quanto a autoria e materialidade delitivas desnecessidade de auto de exames de corpo de delito para a configuração do crime constante no art. 3º, alínea "i", da Lei nº 4.898/65. Bastam as meras vias de fato, que geralmente não deixam vestígios. Orientação jurisprudencial. Materialidade suprida pela prova oral produzida[388].
>
> ABUSO DE AUTORIDADE- CRIME COMETIDO POR POLICIAIS CONTRA PRESO NO INTERIOR DE CADEIA PÚBLICA – PROVA PARA A CONDENAÇÃO – PALAVRA DA VÍTIMA E DEPOIMENTOS DE OUTROS DETENTOS – VALIDADE – RECURSO DESPROVIDO – As violências policiais contra pessoas presas, praticadas na prisão, entre quatro paredes, via de regra não têm testemunhas de vista, daí tanta impunidade. Mas, se os depoimentos dos ofendidos são convincentes, firmes, verossímeis, é possível a condenação[389].
>
> PROVA – CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE – PALAVRAS DA VÍTIMA – VALOR – ENTENDIMENTO – Em se tratando de crime de abuso de autoridade, acontecido no recinto de delegacia de policia, longe das vistas de testemunhas, a oposição entre a versão do acusado e a do ofendido resolve-se por meio da prova indiciária, sendo apto à condenação a incriminação feita pelo sujeito passivo, que, harmônico e coerente, permaneceu inabalado durante todos os trâmites processuais[390].

Todos sabemos que não é incomum réus em processos criminais alegarem terem sido vítimas de torturas, especialmente quando tenham confessado delitos na fase do inquérito policial. Posto diante de uma alegação dessas, no interrogatório judicial, deve o juiz conduzir indagações no sentido de ver ser em registradas informações a respeito de *quem fez o que a quem; quando, onde, por que e como,* direcionando as perguntas para tentar identificar a vítima; identificar o perpetrador (agressor); descrever como a vítima caiu nas mãos dos agentes públicos; explicar onde a vítima foi apanhada/mantida; descrever a forma de maus-tratos; descrever qualquer medida oficial adotada com relação ao incidente (inclusive afirmando não ter havido nenhuma providência), como referido anteriormente.[391]

---

[388] TJRS – ACr 698034030 – RS – 1ª C.Crim. – Rel. Des. Luiz Armando Bertanha de Souza Leal – J. 05.08.1998.

[389] JC 25/436. TJSC – ACr 97.003218-8 – 1ªC.Cr. – Rel. Des. Nilton Macedo Machado – J. 27.05.1997.

[390] TACRIMSP – ACr 716.883 – 2ª C. – Rel. Juiz Haroldo Luz – J. 06.08.1992.

[391] GIFFARD, Camille. **The Torture Reporting Handbook**. Essex: Human Rights Centre, University of Essex, 2000. p. 30.

8.6. PROVA INDICIÁRIA

Se parece difícil a prova direta dos fatos que tipificam a conduta humana de prática da tortura, é possível romper o ciclo da impunidade, mediante a colheita atenta e cuidadosa de indícios seguros, que resultem na demonstração daquela prática, servindo de base para condenação criminal.

Os tribunais exigem a prova dos fatos por parte de quem alega, mas também aceitam a sua prova, mediante indícios de autoria e materialidade.

O Código de Processo Penal determina, em seu artigo 239, que "Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias."

E tem sido variada a forma como os tribunais admitem a prova indiciária em ações criminais.

> Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias (CPP, art. 239). Não se confunde com presunção, ou seja, efeito de que uma circunstância ou antecedente produz, no julgador, a respeito de existência de um fato[392].
>
> Predominância da prova indiciária. Admissibilidade dos indícios como método de investigação criminal (art. 239 do Código de Processo Penal). Sistema do livre convencimento motivado, podendo o juiz basear a condenação na prova indiciária que tem a mesma força das demais[393].
>
> O indício vale como qualquer outra prova e impossível o estabelecimento de regras práticas para apreciação do quadro indiciário. Em cada caso concreto, incumbe ao Juiz sopesar a valia desse contexto e admiti-lo como prova, à luz do art. 239, do CPP. Uma coleção de indícios, coerentes e concatenados, pode gerar a certeza reclamada para a condenação[394].

---

[392] STJ – HC 9.671 – SP – 6ª T. – Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro – DJU 16.08.1999.

[393] TRF 2ª R. – ACr 98.02.46347-7 – 3ª T. – Rel. Juiz Fed. Conv. Luiz Antônio Soares – DJU 29.06.1999 – p. 94.

[394] TACRIMSP – Ap 1.108.809/6 – 11ª C.Crim. – Rel. Juiz Renato Nalini – J. 28.06.1998. 02.758/583.

Ou, como dito pelo Desembargador Tourinho Neto, “indício é meio de prova. CPP, art. 239. El indicio es un hecho (o circustancia) del cual se puede, mediante una operación lógica, inferir la existência de otro. (Cafferata Nores)”[395].

[395] TRF 1ª R. – ACr 96.01.24420 – DF – 3ª T. – Rel. Juiz Tourinho Neto – DJU 06.06.1997.

9. AVALIAÇÃO CRÍTICA: (DES)CONSTRUINDO A IMPUNIDADE

A análise dos pronunciamentos judiciais, em casos envolvendo a prática da tortura, produz a conclusão da quase impossibilidade de punir agentes do Estado por tal conduta. E a impunidade fortalece sua prática generalizada. Mais grave ainda: equivale a modo indireto de sancioná-la. Se o Judiciário cumpre também uma função social legitimadora, para o leigo não há diferença entre inocentar e deixar de condenar por falta de prova no processo, por adoção de mecanismos que impedem a coleta de provas. Ou por outra, pela *ausência* de mecanismos de investigação, que permitam a coleta das provas. Uma não condenação, para o cidadão comum, significa a absolvição. A absolvição, a aceitação da inocência. E a aceitação da inocência, o reconhecimento de que não há tortura.

Por que é tão difícil, especialmente no direito brasileiro, a utilização do Judiciário como instrumento de controle social dos perpetradores de tortura, condenando-os por suas condutas criminosas?

Não há apenas uma resposta, mas um conjunto de fatores pode conduzir a algumas conclusões.

9.1 NÃO INVESTIGAÇÃO DA TORTURA: RAZÃO DA AUSÊNCIA DE PROVA

Não estamos condenados a repetir tratamentos desumanos e degradantes e aplicar tortura sobre os excluídos e despossuídos como fato normal, banal e corriqueiro.

Há outras explicações para a persistência desse mal entre nós. A quase absoluta ausência de investigação das alegações de tortura é o primeiro, o mais grave, e o mais difícil problema a ser superado. Juntando-se a isto, a quase absoluta ausência de monitoramento dos métodos e técnicas de interrogatório, nas delegacias, e monitoramento das condições prisionais, completam o quadro. Não investigação e não monitoramento das polícias e prisões são as matrizes da impunidade da tortura no Brasil

A avaliação crítica do funcionamento real do aparelho do sistema de justiça e segurança vai ajudar a entender por que o que dever ser ainda não é.

A questão da investigação e do monitoramento se desdobra em fases, cada qual com suas implicações. As questões derivadas daquelas duas primeiras já foram referidas: a quem dirigir uma alegação de prática de tortura; quem decide iniciar uma investigação; a quem incumbe provar a tortura; quem decide que provas produzir; como produzir tais provas; em que medida os indícios podem contribuir para o esclarecimento dos fatos.

A maioria dos operadores do direito penal aplica, na prática, princípios e interpretação do que será mais adiante comentado como obedecendo a uma política criminal de diretrizes autoritárias. O professor Ricardo de Brito ilumina essas reflexões, ao observar que

> [...] os adeptos dessa linha de política criminal defendem, em nome da segurança e da ordem, medidas como o aumento das penas, maior rigor na sua execução, restrições à liberdade provisória, etc., tudo em nome do combate à criminalidade. Entre nós, seu prestígio parece ser crescente entre os operadores jurídicos inseridos no sistema penal, tais como juízes, promotores e policiais. Tais profissionais do direito penal estão, seguramente mais que a doutrina, sob pressão da opinião pública e dos meios de comunicação.[396]

Apesar das imensas dificuldades, vários órgãos do Poder Judiciário já foram capazes de identificar situações em que restou demonstrada a prática da tortura. Disso resultou, por um lado, o reconhecimento (embora ainda em pequeno número) da ilicitude da prova produzida contra a pessoa tortura da e, de outro, a condenação (em pouco mais de uma dezena de casos identificados) de quem praticou a tortura institucional.

Já os casos, em que há notícia de condenação, a maioria dos tribunais se refere não a atos praticados por agentes do Estado, mas por pais (ou mais freqüentemente padrastos) contra filhos (enteados). O que, se é relevante no sentido de reprimir a

---

[396] FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **As Razões do Positivismo Penal no Brasil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. XXIV.

violência doméstica, certamente o Estado não precisava de uma lei contra a tortura para enquadrar e punir pais violentos.

Assim, serão avaliados, em perspectiva, aspectos relevantes do entendimento dos tribunais acerca do delito de tortura, abordando as seguintes questões: 1. como o Tribunal entende o crime de tortura, quanto a ser como crime comum, ou crime próprio de agente público; 2. em que medida refletiu o Tribunal sobre a gravidade do sofrimento, e outros elementos objetivos, subjetivos e normativos do tipo penal; 3. qual o grau de exigência da prova da tortura necessário para ensejar uma condenação, e se da vítima ou de outrem o ônus da prova; 4. quais os casos em que houve conflito de normas, e como foi resolvido; 5. se há condenações por tortura institucional e se há condenações por tortura não institucional; 6. se chegou a declarar alguma confissão inválida, porque obtida mediante tortura; 7. se o Tribunal reconhece ou não possibilidade de concessão de liberdade provisória, mesmo sendo inafiançável o delito; 8. se houve hipóteses em que considerou justificada a prisão preventiva de torturador; 9. como tratou a questão da investigação da prática de tortura; e 10. outras questões relevantes.

9.2 Tortura: crime comum ou crime próprio de agente público?

Um dos primeiros tribunais a discutir essa questão, embora não fosse esse ponto aspecto central (sequer fosse mesmo objeto da decisão), foi o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Habeas Corpus Nº 70.389-5 SP, cujo acórdão foi relatado pelo Ministro Celso de Mello.

Conforme referência já feita, ao analisarmos o art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, policiais militares de São Paulo estavam sendo duplamente processados pelos mesmos fatos – apreensão e condução forçada de menor até posto de atendimento da Polícia Militar, e, aí, submissão à sessão de espancamento, objetivando obtenção de informação – sendo uma ação penal apresentada pelo Ministério Público Estadual perante à Justiça Comum Estadual, pelo cometimento do delito de tortura do art. 233, da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), e outra pelo Ministério Público Militar, perante à

Justiça Militar Estadual, pelo cometimento do delito de lesões corporais, capitulado no art. 209, do Código Penal Militar.

O Superior Tribunal de Justiça decidira-se pela manutenção das duas ações. O Supremo Tribunal Federal entendeu da impossibilidade de manutenção do *bis in idem*. Reconheceu a validade do tipo penal tortura, previsto no art. 233, do ECA, e reconheceu a competência da Justiça Comum para processar e julgar os militares, por absorção do delito de lesões corporais, e por não guardar, o crime de tortura, correspondência típica com os comportamentos previstos pelo Código Penal Militar.

Como referido anteriormente, por 6 votos favoráveis e 5 votos contrários, o Supremo Tribunal Federal julgou constitucional o art. 233, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Dos seis ministros que formaram a maioria, cinco deles se pronunciaram a propósito da natureza do crime, quanto a ser o crime próprio de agente público ou crime próprio, de quem quer que tivesse sob sua guarda, poder ou autoridade criança ou adolescente. Os Ministros Celso de Mello, Francisco Rezek, Sepúlveda Pertence e Carlos Velloso entenderam ser próprio de agente público. Dos que formaram a maioria, apenas o Ministro Néri da Silveira entendeu poder ser aplicável a situações no âmbito doméstico e familiar. Por outro lado, o Ministro Moreira Alves, que foi vencido, expressou seu entendimento que a tortura exigia ser praticado por agente público.

Para o Ministro Celso de Mello (fls. 215 do voto) o

> ‘espancamento para obter a confissão, bem como informações para a localização do bicliclo’ é um ‘comportamento brutal, inaceitável e criminoso’, ‘conduta penal cuja gravidade objetiva torna-se ainda mais intensa, na medida em que a transgressão criminosa do ordenamento positivo decorre do abusivo exercício de função estatal, sob a égide de uma corporação – a Polícia Militar – cuja destinação constitucional reserva-lhe o papel eminente de órgão responsável pelo cumprimento da lei e pela preservação da ordem pública’.

Como se vê, pesou em seu argumento o fato de tratar-se de um abusivo exercício de função estatal, por parte de um membro da Polícia Militar.

O Ministro Francisco Rezek (fls. 252) considerou que:

> O legislador pode vir a ser particularmente severo e qualificar como tortura atitudes que hoje lançaríamos na zona cinzenta – conforme ponderei no meu voto -, ou seja, atitudes de brutalidade para com a criança e o adolescente, visando a forçar confissões ou opções, mesmo dentro de um ambiente estritamente familiar.

De seu voto se extrai que está fora da zona cinzenta atribuir responsabilidade por prática de tortura as brutalidades praticadas por agentes públicos. Sugere dever o legislador se afastar da severidade cinzenta, de incluir situações que se situem no ambiente estritamente familiar. Não fazendo isto o legislador, seria de fazê-lo o juiz, em homenagem ao *substantive due process of law*, completamos nós.

A advertência do Ministro foi além e criticou caminho oposto, igualmente de ser evitado, com muito mais razão:

> O legislador pode também tornar o caminho inverso e assumir essa tese fantástica, um dia posta à mesa na Justiça de São Paulo, dizendo que só é tortura a violência que se aplica contra alguém por sadismo, por "brutalidade imotivada". Neste caso, teríamos retirado do domínio da tortura tudo quanto se tem entendido como tal ao longo de séculos; e teríamos sobretudo consagrado a impunidade, porque aquele que assim procede sem motivo algum é um doente mental, e, destarte, penalmente irresponsável.

Veremos, adiante, que, ainda hoje, o Tribunal de São Paulo (e, de resto, de outros Estados), continua a servir, no banquete da Justiça, essa "tese fantástica".

Já o Ministro Carlos Velloso (p. 265) lembrou que

> [...] o Brasil subscreveu a Convenção das Nações Unidas contra Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1984. [...] temos, no direito positivo brasileiro, a definição do fato delituoso que faz nascer o crime de tortura.

Isto quer dizer que a definição de tortura, no direito brasileiro, é de ser interpretada nos termos da Convenção da ONU contra a Tortura, ou seja, como crime próprio de agente público.

Em seu voto, o Ministro Sepúlveda Pertence (fls. 272/273) reitera esse entendimento, ao afirmar que o art. 233

> [...] se vale da noção de tortura, universalmente inequívoca em seu núcleo significativo básico e que, ademais, como mostraram os eminentes ministros Relator Celso de mello e agora o Ministro Carlos Velloso, tem, hoje, um conceito internacional incorporado ao direito positivo brasileiro. Pouco importa que, nos tratados, não se trata de norma penal: a remissão da lei interna a um conceito, definido no tratado, cominando-se-lhe pena, é, evidentemente, forma de instituir uma norma penal.

Houve uma única voz no julgamento do Supremo, entendendo possível estender-se a conceituação a agentes privados, tornando o delito crime próprio de quem tivesse alguém sob guarda, poder ou autoridade, sem ser o sujeito ativo agente público: o Ministro Néri da Silveira.

O Ministro Néri da Silveira, que formou a maioria, ao considerar o art. 233 do ECA constitucional, expressou, às fls. 281:

> Compreendo as preocupações, relativamente ao art. 233 em foco, pela abrangência que esse dispositivo tem dentro do Estatuto da Criança e do Adolescente, podendo alcançar até a intimidade da família, ou seja, virem a ser acusados inclusive parentes que tenham sob sua guarda crianças, por condutas que constituiriam tortura. É evidente que aí, - e é o descrime que estabeleço – existe um outro complexo de normas que há de ser posto em consideração. Qual é esse complexo de normas? São todas as que regulam as relações entre pais e filhos, as de pátrio poder e tutela, as concernentes ao poder disciplinar nas relações de pais e filhos, na educação no lar, dentre outras.

O Ministro Moreira Alves, que foi vencido, acerca do tema, entretanto, revelou (fls. 285): “pela convenção internacional já aludida, só há crime de tortura quando seu sujeito ativo seja autoridade, e não qualquer pessoa”.

Preocupado que o reconhecimento do art. 233 do ECA pudesse permitir interpretação que abarcasse, inclusive, o relacionamento entre pais e filhos, o Ministro Moreira Alves questionou o Ministro Néri da Silveira sobre seu entendimento acerca da questão, tendo este último (fls. 284) clarificado como segue:

> [...] o art. 233 em exame não é norma dirigida apenas à autoridade policial, mas, por sua generalidade, podem-se compreender, em seu âmbito, outros sujeitos ativos eventuais desse crime, inclusive na intimidade da família, parentes e até mesmo os pais.

Admitindo a constitucionalidade do art. 233 do ECA, o Supremo Tribunal Federal o fez, considerando que seriam abrangidos pela conduta quem, sendo agente público, tivesse sob sua guarda, poder ou autoridade criança ou adolescente, e o torturasse.

Esse entendimento do Supremo Tribunal Federal encontrou acolhida em algumas decisões de outros tribunais. De início, e de modo consistente, pela Segunda Câmara do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (as demais Câmaras desse Tribunal adotam entendimento diverso), havendo, ainda, acórdãos isolados do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, e, recentemente, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua Quinta Turma, julgando o HC 27290 – SC, entendeu que a figura típica prevista no art. 1º, inc. II, da Lei de Tortura, constitui-se em crime próprio, é delito que somente poderá ser praticado por pessoa que tenha a vítima sob sua guarda, poder ou autoridade [397].

Os acórdãos da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas são:

> 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, § 1º, c/c § 3º, do CP, por se tratar aquela infração de crime próprio, que somente poderá ser cometida por agente público que esteja com a vítima sob a 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.[398]
>
> O crime de tortura é crime próprio que somente pode ser praticado por agente público que esteja com a vítima sob sua guarda, poder ou autoridade, motivo pelo qual em não sendo o acusado agente público impõe-se a desclassificação do crime de tortura para o de maus- tratos, caracterizado no caso.[399]

---

[397] STJ – HC 27290 – SC – 5ª T. – Relª Min. Laurita Vaz – DJU 02.02.2004 – p. 00341. JCP.44 JCP.44.I

[398] **Número do processo: 1.0000.00.268999-0/000(1).**
Relator: XIMENES CARNEIRO. **Data do acordão:** 07/11/2002. **Data da publicação:**06/12/2002.

[399] **Número do processo 1.0024.02.746901-4/001(1)**
Relator: JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES. **Data do acordão:** 07/10/2004. **Data da publicação:** 18/11/2004.

> Se se entende que o crime de tortura é próprio, somente podendo ser praticado por agente público, não cabe aplicar a causa de aumento de pena do inciso I do § 4º do art. 1º da citada Lei nº 9.455/97, que prevê o aumento da pena quando o delito é praticado por agente público.[400]
>
> Consoante precedentes desta Câmara, a Lei nº 9.455/97 – naquilo que define o delito de tortura como crime comum – não está em consonância com disposições veiculadas em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, que possuem 'status' de norma constitucional.[401]
>
> Como o crime de tortura é próprio, só podendo ser praticado por agente público, há que se desclassificar a imputação da prática de tal delito, quando o agente não ostenta aquela qualidade e a vítima faleceu, para o crime de lesões corporais seguida de morte, se este último tipo penal se enquadra à conduta narrada na denúncia.[402]

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem decisão isolada, que foi mantida pelo Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o RESP 623.229 RS, em que foi Relator o Ministro Gílson Dipp. O RESP não foi conhecido, por não poder haver análise de prova. Mas o Acórdão, no Tribunal de origem (TJRS), é elucidativo, e inclui importante consideração, na razão de decidir:

> [...] a Lei 9.455/97 está voltada para a proteção da administração da justiça. Em primeiríssimo lugar, a tortura é forma de abuso de autoridade, sendo sujeito ativo o funcionário público, representante do Estado, de quem se espera proteção, diligência, lealdade. Daí a inclusão da tortura entre os crimes 'equiparados' aos hediondos.
> [...] quando a Constituição nacional, em 1988, incluiu a tortura, bem como o terrorismo, entre crimes sujeitos a especial repressão, estava de olhos voltados à tortura política, do ou contra o Estado.
> A definição de tortura, constante da Declaração Contra a Tortura, de 1975, e, depois, na Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes de 1984, está no art. 1º, e exige três elementos essenciais para sua caracterização como crime: '1) a inflição deliberada de dor ou sofrimentos físicos ou mentais; 2) a finalidade do ato: obtenção de informações ou confissões, aplicação de castigo, intimidação ou coação, e 'qualquer outro motivo baseado em discriminação de qualquer natureza'; 3) a vinculação do agente ou responsável com o Estado: 'funcionário público ou outra pessoa no exercício de função pública', em ação direta ou indireta'. Signatário da convenção internacional, o Brasil submeteu-se, assim, à definição legal ali contida.

---

[400] Segunda Câmara do TJMG. Apelação Criminal nº 1.0107.04.910501-1/001 – Comarca de Cambuquira. Relator: José Antonino Baía Borges. Julgamento: Belo Horizonte, 17/02/2005. Publicação: 03/03/2005.

[401] Segunda Câmara TJMG. Relatora: Des. Beatriz Pinheiro Caíres. Nº do processo: 1.0408.02.000139-7/001(1). Julgamento: 12/05/2005. Publicação: 31/05/2005.

[402] **Segunda Câmara TJMG. Número do processo 1.0363.04.014334-1/001(1).**
Relator: JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES. **Data do acordão:** 02/06/2005. **Data da publicação:**11/06/2005.

É absolutamente digna de registro a passagem, no Acórdão, de que a "Lei 9.455/97 está voltada para a proteção da administração da justiça", e que, "[e]m primeiríssimo lugar, a tortura é forma de abuso de autoridade, sendo sujeito ativo o funcionário público, representante do Estado, de quem se espera proteção, diligência, lealdade".

O Tribunal de Justiça de São Paulo tem decisão, praticamente isolada, sobre o assunto, embora não tenha ingressado no mérito:

> Acórdão 00790463. Correição parcial 483.111-3/1-00. Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Rel. De. Samuel Júnior. Julg. 15.03.2005.
> O crime em questão pode e deve ser considerado como próprio, em especial em face do caso concreto, não obstante tenha o legislador procurado dispor que a tortura poderia ser imputada a qualquer pessoa e não apenas a agentes públicos.
> [...] no caso aos quatro primeiros denunciados está sendo imputada a figura da tortura com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa, enquanto que ao delegado pela sua omissão.
> [...] A outra conclusão não se pode chegar senão a de que o delito de tortura, em especial em face dos termos da denúncia, traduz hipótese de crime próprio, inclusive para se evitar um conflito de normas.

A conseqüência jurídica da adoção do entendimento de ser a tortura crime próprio de agente público é que os casos de indivíduos, agindo em sua capacidade privada, haveriam de ser processados e julgados por outros tipos penais – lesões corporais, maus tratos, etc. Daí ter se afigurado comum, em casos apreciados pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, terem as acusações sido desclassificadas para outras figuras típicas. Pais ou padrastos, por exemplo, obtiveram desclassificação de tortura para maus-tratos, previstos no art. 136, do Código Penal.

O reconhecimento de que a tortura não é crime próprio de agente público, mas crime próprio de quem quer que tenha sob sua guarda, poder ou autoridade pessoa a que submeta à violência, como forma de castigo, intimidação, ou em caráter preventivo, terminou implicando na possibilidade de processar e julgar indivíduos privados por tais condutas, atingindo de modo direto pais ou padrastos, mães, madrastas, etc.

Esse é, de fato, o entendimento prevalecente em todos os tribunais: a tortura não é crime próprio de agente público.[403]

Os primeiros casos, a decidirem assim, parecem ser do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo [404] [405], aplicando os dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente (particularmente os artigos 232 e 233, que guardam pertinência com dispositivos da Lei 9.455/97), e dispositivos desta última norma.

Se são raras as decisões de condenações, por tortura, de agentes públicos, é farta a jurisprudência[406] do Tribunal de Justiça de São Paulo condenando padrastos e

---

[403] A única hipótese em que, mesmo admitindo afastar-se do parâmetro internacional, e reconhecer a possibilidade de ao particular ser atribuída prática de tortura, no âmbito doméstico, há, na Lei 9.455/97, hipótese em que tal não se pode verificar, ou seja, há a hipótese prevista no art. 1º, § 1º, da Lei 9.455/97 que, sempre, é crime próprio de agente público, já que só agente público pode Ter pessoa presa ou submetida a medida de segurança sob sua autoridade. Mas esse dispositivo ainda não recebeu atenção dos órgãos julgadores.

[404] A pesquisa sobre a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo foi feita através de acessos múltiplos a seu site, no mês de junho de 2005.

A base de dados de Acórdãos continha 763.984 documentos. Desses, a palavra "tortura" aparecia em 8.127. Entretanto, a expressão "tortura policial" fez reduzir tal número a meros 37 casos. O mais surpreendente ainda é que, desses 37 Acórdãos, 24 deles eram a mera repetição, rigorosamente igual em tudo, de outros dois Acórdãos já analisados. O que significa dizer que, com a expressão "tortura policial", o número de Acórdãos efetivamente encontrado no Tribunal de Justiça de São Paulo em Junho de 2005 foi de apenas **13.**

Em todos esses 13 Acórdãos tem-se alegação, pela defesa, da invalidade da confissão obtida mediante "tortura policial". Em nenhum desses casos tem-se o Tribunal de Justiça, ou o órgão do Ministério Público, determinando investigação dessa prática.

Por outro lado, quando utilizadas as expressões "tortura", acrescidas de "desclassificação" e "abuso de autoridade", o número de casos foi 41. Não trataram, como se poderia imaginar, casos em que denúncias por delito de tortura teriam sido desclassificados para abuso de autoridade. Eram casos variados em que havia pedidos de desclassificação (de tráfico de drogas para posse e uso pessoal, por exemplo).

Em toda a busca feita no site do Tribunal de Justiça de São Paulo só foi localizado um único Acórdão em que houve condenação de agente público pelo delito de tortura, e um único Acórdão em que houve condenação de delegado, por omitir-se no dever de evitar ou apurar. Contrariamente a essa escassez, é torrencial o número de casos de condenação de padrastos e madrastas – mais que pais e mães – por agressões a crianças e adolescentes, enquadrando os atos de violência em dispositivos da Lei 9.455/97.

[405] Vejam-se, por exemplo: Acórdão 00037232, proferido na Apelação Cível 231.927.3/1 de Capão Bonito. Quinta Câmara Criminal de Férias do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Rel. Des. Geraldo Xavier. Julg. 5.03.1998. Acórdão 00094650, proferido no Habeas Corpus 262.379-3/1, da Comarca de São Paulo. Terceira Câmara Criminal. Rel. Des. Oliveira Ribeiro. Julg. 1º de Setembro de 1998. Acórdão 00214736, proferido na Apelação Criminal 241.434-3/0, da Comarca de Jundiaí. Primeira Câmara Criminal Extraordinária. Rel. Des. Oliveira Passos. Julg. 20.12.1999.

[406] Vejam-se, por exemplo: Acórdão 00307641, na Apelação Criminal 302.219-3/2, Quinta Câmara Criminal, Rel. Des. Gomes de Amorim, julg. 28.09.2000; Acórdão 00239037, na Apelação Criminal 291.176-3/2-00, Terceira Câmara Criminal Extraordinária, Rel. Des. Tristão Ribeiro, julg. 15.3.2000; Acórdão 00294946 na Apelação Criminal 264.409-314, Sexta Câmara Criminal, Rel. Des. Pedro Gagliardi, julg. 28.09.2000; Acórdão 00702427 na Apelação Reclusão 313.068.3/8-00, Oitava Câmara Extraordinária, julg. 17.06.2004.

madrastas, pais e mães por abusos em enteados e enteadas, filhos e filhas, e até sobrinhos, nas penas da Lei 9.455/97.

O Tribunal de Justiça de São Paulo não aprofundou qualquer discussão acerca de ser ou não o delito de tortura previsto na Lei 9.455/97, crime próprio de agente público.

Em um dos primeiros casos decididos, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu de manter prisão preventiva de pai acusado de agredir sua filha de tenra idade, submetendo-a a intenso sofrimento fisico e mental, "à guisa de corrigenda educativa".

Pai e mãe foram acusados. A mãe ficou com as crianças. O pai, com medo de ser preso, fugiu. Por isso foi preso, em cumprimento a mandado de prisão preventiva, tendo o Tribunal de Justiça de São Paulo, examinando *Habeas Corpus* que impetrou, entendido que "nenhuma erronia se infere da providência drástica".[407]

No julgamento da Apelação criminal n° 291.176-3/2 (voto n° 1.176), ao acusado se atribuía a conduta de ter aplicado castigo físico imoderado a menor "filha de sua amásia, provocando na criança lesões corporais de natureza leve".

O réu pretendia absolvição da acusação ou desclassificação. Este pleito subsidiário foi acolhido. Para chegar a essa conclusão, o Tribunal entendeu que

> é tênue a linha que distingue os crimes de tortura e maus tratos. Para tal desiderato, é necessário que se pesquise o elemento volitivo do agente. Se o seu comportamento derivou do desejo de corrigir, embora o meio empregado tenha sido desumano ou cruel, estará caracterizado o crime de maus tratos. No entanto, se a conduta foi motivada pela vontade de fazer

---

[407] Habeas Corpus 262.379-3/1 - SÃO PAULO. Terceira Câmara Criminal. Des. Oliveira Ribeiro. Julg. 1º.09.1998.

> sofrer, por prazer, ódio ou qualquer outro sentimento vil, o crime será o de tortura. [408]

Aqui, o Tribunal realçou unicamente o elemento subjetivo – o dolo – através da expressão do propósito ou motivo para a ação do agente. Considerou desimportante o grau de severidade do sofrimento imposto. O Relatório não dá a conhecer os fatos - subjacentes à valoração jurídica – que ensejaram a inicial classificação como tortura. Portanto, não permite avaliar o grau de desumanidade ou crueldade do meio empregado.

Conclusão oposta chegou o Tribunal de Justiça, no julgamento do Processo Apelação Criminal n.° 264.409-314 (Voto 8.941), de São Paulo, em que foi Relator o Des. Pedro Gagliardi. A ré fora condenada a pena de 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, como incursa no artigo 1°, inciso II, combinado com o parágrafo 4°, inciso II, ambos da Lei n° 9.455/97

A denúncia atribuia à ré ter infligido intenso sofrimento físico em sua enteada, de sete anos de idade, a pretexto de aplicar castigo pessoal, "chicoteando-a com uma mangueira de borracha, além de, utilizando-se de um ferro elétrico, queimar várias partes do corpo da vítima, menor de, que estava sob sua guarda".

O Tribunal não admitiu a desclassificação para o crime de maus tratos, previsto na norma do artigo 136, do Código Penal, porque o "castigo" aplicado fora "tão cruel e imoderado", que não se podia acolher "o falso argumento de que apenas buscava educar a infante". Entendeu configurada a tortura pelo uso de "chicotadas, para as quais fez uso de uma mangueira de borracha e, com requintes de perversidade, queimou diversas partes do corpo da menor com o ferro de passar roupa".[409]

---

[408] São Paulo – TJSP – Terceira Câmara Criminal Extraordinária do TJSP. Apelação Criminal nº 291.176-3/2-00 – Comarca de Barretos. Relator: Tristão Ribeiro. Julgamento: São Paulo, 15/03/2000 Publicação: s/d.

[409] APELAÇÃO CRIMINAL n.° 264.409-3/4-00 - SÃO PAULO - VOTO Nº 8.941. Des. Pedro Gagliardi. Sexta Câmara Criminal. Julg. 28.09.2000.

A Corte não questionou o fato de a ré ser a “madrasta” da vítima, e a criança, sua “enteada”. Tomou como um dado inconteste que a menor *estava sob sua guarda,* sem maiores esforços de averiguar se a guarda seria de fato ou de direito, ou seja, interpretou extensivamente o conceito de guarda, para admitir a *guarda* como uma realidade de fato, não apenas de direito.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais parece vir em seguida nos julgamentos nessa direção, aplicando os dispositivos da Lei 9.455/97. Com efeito, em abril de 1999, a Primeira Câmara Criminal daquele órgão judicante proclamou:

> EMBARGOS INFRINGENTES- Crime de Tortura (Lei n° 9.455/97)- Conceituação - A correta exegese recomenda a conceituação do crime de tortura como "delito comum", ao invés de "crime próprio", como sustentado por alguns, dado que suscetível de ser praticado por qualquer pessoa, independentemente da qualidade de agente público do autor.- Embargos conhecidos e rejeitados.[410]

[410] Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Primeira Câmara Criminal. Processo: 1.0000.00.140526-5/000(1).
Relator:GUDESTEU BIBER. Data do acordão: 20/04/1999. Data da publicação:27/04/1999.

Várias outras decisões[411], desse e de outros Tribunais, vieram na esteira desses julgamentos.

Pouco depois a Sexta Turma, desse mesmo Tribunal Superior, agora julgando o Habeas Corpus 32.586 MG, em Acórdão do Min. Paulo Medina, reiterou que "o crime de tortura constitui delito especial impróprio, inafiançável e insuscetível de deferir o favor processual previsto no art. 514, do Código de Processo Penal".[412]

Em que medida refletiu o Tribunal sobre a gravidade do sofrimento e outros elementos objetivos, subjetivos e normativos do tipo penal?

Terem os tribunais admitido que o particular pudesse ser responsabilizado pela prática de tortura, mesmo no âmbito doméstico, é a primeira de uma série de

---

[411] PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais APELAÇÃO CRIMINAL (APELANTE) Nº 1.0114.03.019307-1/001 - COMARCA DE IBIRITÉ - APELANTE(S): SOLIVAN SILVA COSTA - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. ARMANDO FREIRE . Julgamento 07 de dezembro de 2004. Data da publicação: 14/12/2004.
Terceira Câmara Criminal. APELAÇÃO CRIMINAL (APELANTE) Nº 1.0474.03.006849-5/001 - COMARCA DE PARAOPEBA - APELANTE(S): LEANDRO TEIXEIRA - APELADO(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. ERONY DA SILVA
PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. APELAÇÃO CRIMINAL 1.0000.00.241454-8/000(1).
Relatora: Des. MÁRCIA MILANEZ. Data do acordão:18/12/2001.Data da publicação:01/02/2002.
PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. APELAÇÃO CRIMINAL (APELANTE) Nº 000.217.432-4/00 - COMARCA DE LAGOA DA PRATA - APELANTE(S): MARCILENE NEVES SILVA, OU MARCILENE DAS NEVES SILVA CHAVES - APELADO(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS, PJ COMARCA LAGOA PRATA - RELATOR: EXMO. SR. DES. GUDESTEU BIBER Belo Horizonte, 08 de maio de 2001. Publicação: 11 de maio de 2001.
SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. APELAÇÃO CRIMINAL (APELANTE) Nº 000.156.635-5/00 - COMARCA DE FRUTAL - APELANTE(S): JUAREZ ROSENO DA SILVA - APELADO(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS, PJ 2 V COM FRUTAL - RELATOR: EXMO. SR. DES. REYNALDO XIMENES CARNEIRO. Belo Horizonte, 25 de novembro de 1999. Publicação em 1 de dezembro de 1999.
Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Segunda Turma Criminal. Apelação Criminal 2002 04 1 001278-8. Relator: Desor GETULIO PINHEIRO. Julg. 29 de maio de 2003. www.tjdf.gov.br acesso em 25 de junho de 2005.
Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL. Nº Acordão: 40862. Nº Processo: 19186-8/2004. APELAÇÃO CRIME. Relator: MARINALDO BASTOS FIGUEIREDO.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Primeira Câmara Criminal. Ap. Crim. Nº 70006848766. Relator: Des. Marcel Esquivel Hoppe. Julg. 03/12/2003.
Tribunal de Justiça do Estado do RIO DE JANEIRO. Sexta Câmara Criminal. Apelação Criminal 5151/2001. Rel. Des. Marcus Quaresma Ferraz. Julg. 7.3.2002. Pub. 1.4.2002.
Tribunal de Justiça do Estado do RIO DE JANEIRO. Quinta Câmara Criminal. Rel. Des. Moacir Pessoa de Araújo. Apelação Criminal 2004.050.00929 – Angra dos Reis. Julg. 29.6.2004.
Tribunal de Justiça do Estado do RIO DE JANEIRO.Quinta Câmara. Apelação Criminal 473/2001. Rel. Des. Jorge Uchoa. Julg. 18.06.2002.

[412] Superior Tribunal de Justiça. Sexta Câmara. Habeas Corpus 32.586 MG (2003/0231831-0). Rel. Min. Paulo Medina. Julg. 16.03.2004. Pub. DJ 30.08.2004.

interpretações que afastam do referencial internacional e desvirtuam a aplicação da Lei como instrumento de repressão ao arbítrio e à brutalidade policial.

O modo como interpretam a questão da gravidade do sofrimento, e demais elementos do tipo, é igualmente problemático.

De maneira antecipatória, o Ministro Rezek, ao ouvir, no voto do Min. Marco Aurélio, proferido no Habeas Corpus 70.389-5 SP, que o Tribunal de Justiça de São Paulo definira tortura como se referindo "ao flagelo, ao martírio, à maldade, praticados por puro sadismo imotivado", criticou:

> O legislador pode também tornar o caminho inverso e assumir essa tese fantástica, um dia posta à mesa na Justiça de São Paulo, dizendo que só é tortura a violência que se aplica contra alguém por sadismo, por "brutalidade imotivada". Neste caso, teríamos retirado do domínio da tortura tudo quanto se tem entendido como tal ao longo de séculos; e teríamos sobretudo consagrado a impunidade, porque aquele que assim procede sem motivo algum é um doente mental, e, destarte, penalmente irresponsável. [413]

Uma das primeiras decisões, no sentido de identificar os crimes de tortura da Lei 9.455/97 como crimes comuns foi do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, proferida pela Primeira Câmara, sendo Relator para o Acórdão o Des. Zulman Galdino.

O Desembargador disse

> [não] aceitar a tese de que a Lei nº 9.455, de 07/04/97, instituiu o crime de tortura como crime próprio, ou seja, aquele que somente pode ter como sujeitos ativos componentes de um determinado grupo de pessoas. Ao contrário, acredito que, ao ser editada a referida lei, nela se deferiu o crime de tortura como sendo suscetível de ser praticado por qualquer pessoa. [414]

Argumentou que o § 4º do art. 1º estabelecia como causa de aumento de pena de um sexto até um terço o fato de ser o crime cometido por agente público, e tal

---

[413] Supremo Tribunal Federal. HC 70.389-5 SP. Pág. 242.

[414] Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Primeira Câmara Criminal. **Número do processo: 1.0000.00.128907-3/000(1).**
Relator:SÉRGIO RESENDE. Relator do Acordão: Des. Zulman Galdino. Data do acordão:10/11/1998. Data da publicação:17/11/1998.

aumento não teria sentido se esse crime somente pudesse ser cometido por agente público. Invocou, em sustento a sua tese, a opinião de Alberto Silva Franco, que teria nesse fato “um dos motivos pelos quais entende que o diploma legal em referência merece maior crítica”. Invocou também Mirabete, segundo quem “estão incluídos nessas disposições as autoridades e outros servidores públicos destinatários, embora não únicos das normas incriminadoras da lei”.

9.3. TORTURA COMO CRIME COMUM: CONSEQÜÊNCIAS

Admitida a tortura como crime comum, duas conseqüências advieram. A primeira, mais evidente, com um exuberante número de condenações de padrastos [415] [416] [417] e madrastas [418], pais[419] e mães [420], até tios[421], sobre enteados e enteadas, filhos e filhas, e sobrinhos, todas no âmbito doméstico, nas relações privadas. A segunda, examinando a possibilidade – ou não – de *desclassificação* da imputação para o delito de maus tratos, ou outro, a partir da análise, em alguns casos, do elemento subjetivo – ou volitivo [422] [423] [424], como dizem muitos acórdãos -, em outros, da

---

[415] TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, 22 de junho de 2004. **Data da publicação:**15/09/2004. APELAÇÃO CRIMINAL (APELANTE) Nº 1.0474.03.006849-5/001 - COMARCA DE PARAOPEBA - APELANTE(S): LEANDRO TEIXEIRA - APELADO(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. ERONY DA SILVA. EMENTA: CRIME DE **TORTURA** COMETIDO POR PADRASTO CONTRA **CRIANÇA** - TIPIFICAÇÃO - REGIME INICIALMENTE FECHADO - SOFRIMENTO BRUTAL, REITERADO E ATRAINDO RISCO DE MORTE - RECURSO IMPROVIDO.

[416] Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Segunda Câmara Criminal. Número do processo: 1.0000.00.241454-8/000(1).
Relator: MÁRCIA MILANEZ. Data do acordão:18/12/2001. Data da publicação:01/02/2002.
Ementa: TORTURA - PADRASTO QUE INFLIGE PROFUNDA DOR E SOFRIMENTO À FILHA MENOR DA AMÁSIA - DELITO CONFIGURADO - Ocorre a tortura particular quando o agente, utilizando-se de instrumento apropriado, ou até mesmo de atitudes psicológicas, conseguir infligir dores e sofrimentos profundos na pessoa da vítima, praticando atos de tortura traduzidos pela vingança, ódio, motivo torpe e até mesmo por repugnante sentimento de sadismo. Não se pode cogitar da desclassificação do delito para a previsão do art. 136 do CP, tendo em vista que o crime de tortura absorve as penas dos crimes componentes, tais como o de lesão corporal leve (art. 129, caput) , o de maus tratos (art. 136), o de constrangimento ilegal (art. 146), o de ameaça (art. 147), o de abuso de autoridade (Lei 4.898/65), e outros.- Recurso conhecido e improvido.

[417] Tribunal de Justiça da Bahia. SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL. **Nº Acordão:** 40862. **Nº Processo:** 19186-8/2004. APELAÇÃO CRIME. **Relator(a):** MARINALDO BASTOS FIGUEIREDO. **Comarca:** ITAPARICA. **Nº Acórdão:**40862. **Nº Processo:**19186-8/2004. **Ementa**: **HOMICÍDIO QUALIFICADO. TORTURA E MORTE DE ENTEADO, DE 09 ANOS.** DELITO PREVISTO NO ARTIGO 1º, INCISO II, §§ 3º E 4º, INCISO II DA LEI 9.455/97. CONDENAÇÃO: 14 (QUATORZE) ANOS DE RECLUSÃO NO REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. RECURSO: PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR TER O MAGISTRADO *A QUO* LABORADO EM EQUÍVOCO. NO MÉRITO: PUGNA PELA ABSOLVIÇÃO. PRELIMINAR QUE SE REJEITA, POIS APÓS O ADITAMENTO DA DENÚNCIA O APELANTE DEIXOU TRANSCORRER *IN ALBIS* O PRAZO PARA RECORRER E SOMENTE AGORA QUER DISCUTIR MATÉRIA JÁ DECIDIDA E PRECLUSA. ADEMAIS, É SABIDO QUE O ACUSADO SE DEFENDE DOS FATOS E NÃO DA TIPIFICAÇÃO LEGAL. NO MÉRITO: AUTORIA E MATERIALIDADE INDISCUTÍVEIS. APELO QUE SE CONHECE E SE JULGA IMPROVIDO, MANTENDO-SE A SENTENÇA EM SEUS INTEIROS TERMOS CONDENATÓRIOS.

[418] PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. APELAÇÃO CRIMINAL (APELANTE) Nº 000.217.432-4/00 - COMARCA DE LAGOA DA PRATA - APELANTE(S): MARCILENE NEVES SILVA, OU MARCILENE DAS NEVES SILVA CHAVES - APELADO(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS, PJ COMARCA LAGOA PRATA - RELATOR: EXMO. SR. DES. GUDESTEU BIBER Belo Horizonte, 08 de maio de 2001. Publicação: 11 de maio de 2001.EMENTA: **TORTURA** E MAUS TRATOS - Elemento volitivo - Causa de diferenciação - Pena - A questão dos maus tratos e da **TORTURA** deve ser resolvida perquirindo-se o elemento volitivo - Se o que motivou o agente foi o desejo de corrigir, embora o meio empregado tenha sido desumano e cruel, o crime é de maus tratos - Se a conduta não tem outro motivo senão o de fazer sofrer por prazer, ódio ou qualquer outro sentimento vil, então pode ela ser considerada **TORTURA** - Se o réu é primário e portador de bons antecedentes, a pena-base deve tender sempre para o mínimo da cominação legal - Recurso conhecido e provido parcialmente. No caso dos autos, sem dúvida, o procedimento incorreto da mulher, em vista daquilo que foi apurado, enquadra-se na Lei n° 9.455/97.

gravidade das lesões [425], aquele prevalecendo sobre este. São poucos os casos em que ambos os fatores foram apreciados [426] [427].

O Tribunal de Justiça de São Paulo começa a examinar, simultaneamente, a severidade dos fatos e a intensidade do dolo, mas introduzindo elemento novo: a presença ou não de "sadismo imotivado".

---

[419] Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Segunda Turma Criminal. Apelação Criminal 2002 04 1 001278-8. Relator: Des.GETULIO PINHEIRO. Apelação criminal. Crime de tortura. Menor. Violência. Castigo corporal. Desclassificação. Ausência de animus do agente. Causa superveniente. (O emprego de violência reiterada contra menor sob sua guarda, bem assim as provas colacionadas aos autos, demonstrando não apenas o nexo causal entre as lesões sofridas pela vítima e o resultado morte, como também a ausência de animus corrigendi e de causa superveniente, impossibilitam a desclassificação do crime de tortura para o de maus tratos. Julg. 29/05/2003. www.tjdf.gov.br acesso em 25 de junho de 2005.

[420] Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Primeira Câmara Criminal. Ap. Crim. Nº 70006848766. Relator: Des. Marcel Esquivel Hoppe. Julg. 03/12/2003. (Corpo do Voto, no Acórdão: "Descabe a alegação de desclassificação pra o delito de maus tratos, tendo em vista que este é quando o agente pune para corrigir agindo com excesso no direito de corrigir para fins educacionais, o que não foi o caso dos autos. Já o delito de tortura configura-se pelo sentimento vil em busca de causar sofrimento à vítima. Ora, quem bate numa criança de tenra idade com fio desencapado causando graves seqüelas físicas e psicológicas não tem objetivos educacionais, mas sim o de causar traumas irreversíveis, razão pela qual a ré deve ser enquadrada no crime de tortura".

[421] SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Julg. 25/11/1999. Publicação 1/12/1999.APELAÇÃO CRIMINAL (APELANTE) Nº 000.156.635-5/00 - COMARCA DE FRUTAL - APELANTE(S): JUAREZ ROSENO DA SILVA - APELADO(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS, PJ 2 V COM FRUTAL - RELATOR: EXMO. SR. DES. REYNALDO XIMENES CARNEIRO.EMENTA: **TORTURA**. Hediondo. Menor. Violência. **GUARDA**. Crime comissivo. Crime omissivo impróprio. Caracterização. Pena alternativa. Admissibilidade. I- Havendo a Lei 9.455/97 (Lei de **TORTURA**) admitido a progressão do regime prisional para os crimes de **TORTURA**, excepcionando nesse ponto a Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos), aplica-se àquela o disposto no art. 12 do Código Penal naquilo que não dispuser de modo diverso a lei especial (Lei 9.455/97). Assim, a aplicação de penas alternativas (Lei 9.714/98), nesses casos, é viável se se tratar do crime de **TORTURA** comissivo por omissão previsto no art. 1º, II, § 2º, da Lei 9.455/97, sujeito a pena de detenção, praticado sem violência e grave ameaça, salvo se não estiverem presentes os demais pressupostos objetivos e subjetivos da substituição da pena previstos no art. 44, do Código Penal. II- É típica a conduta de quem tendo a **GUARDA**, poder ou autoridade sobre menor, submete-o a intenso sofrimento físico com emprego de violência, causando graves seqüelas na **CRIANÇA**.

[422] PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais APELAÇÃO CRIMINAL (APELANTE) Nº 1.0114.03.019307-1/001 - COMARCA DE IBIRITÉ - APELANTE(S): SOLIVAN SILVA COSTA - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. ARMANDO FREIRE . Julgamento 07 de dezembro de 2004. **Data da publicação:** 14/12/2004.**TORTURA** PRATICADADA PELO PADRASTO CONTRA ENTEADO MENOR - ABSOLVIÇÃO AFASTADA - DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE MAUS TRATOS - POSSIBILIDADE - FIXAÇÃO DA PENA- BASE - SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE PELAS RESTRITIVAS DE DIREITO - IMPOSSIBILIDADE - APLICABILIDADE DO ART. 77 DO CPB - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARCIALMENTE. - Não é cabível a absolvição por insuficiência de provas quando o conjunto probatório, notadamente a prova testemunhal, evidencia a conduta típica praticada pelo agente. - Se o que motivou o agente foi o desejo de corrigir, embora o meio empregado tenha sido imoderado, o crime é de maus tratos, podendo-se, assim, operar a desclassificação para o tipo previsto no art. 136 do CPB. - É de aplicação obrigatória a causa especial de aumento de pena prevista no § 3º do art. 136 do CPB, quando a vítima for menor de 14

O caso versado na Apelação Criminal nº 372.268.3/2 dizia respeito a companheiro de mãe de criança, na qual havia batido "porque ela não queria trocar a roupa molhada". O Tribunal, confirmando decisão de 1º Grau, que condenou nas penas de maus tratos, e não de tortura, chegou a tal entendimento por duas razões básicas: como "vergões de cintadas nas pernas e nas costas [...] passaram na mesma semana", inocorrera "dolo em causar 'intenso sofrimento físico ou mental'", concluindo que o "castigo físico aplicado à infante restou efetivado com intuito de aprendizado e não por puro sadismo imotivado".[428] Segundo o laudo de exame de corpo de delito, "da agressão advieram lesões corporais de natureza leve, o que até por este motivo já indica a ausência do elemento subjetivo específico do crime de tortura, decorrente do vil sentimento lascivo"[429].

---

anos. - O Juiz, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador (mínimo e máximo abstratamente fixados para a pena), deve eleger o "quantum" ideal, valendo-se do seu livre convencimento (discricionariedade) para a fixação da pena-base. - A redação do inciso I do art. 44 do Código Penal Brasileiro é expressa ao restringir a substituição da pena privativa de liberdade àqueles crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa. - Preenchendo o apelante os requisitos elencados no art. 77 do CPB, imperiosa é a concessão do benefício do "sursis".

[423] Quinta Câmara Criminal do TJRJ. Rel. Des. Moacir Pessoa de Araújo. Apelação Criminal 2004.050.00929 – Angra dos Reis. Julg. 29.6.2004. Tio condenado por torturar sobrinho. Apelação provida para desclassificar o delito para maus tratos, ao aplicar castigo pessoal à vítima, porque o tio "não prendeu torturá-la, mas sim almejou corrigi-la, educá-la, embora tenha empregado meio violento e, até mesmo, cruel e desumano".

[424] Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Quinta Câmara Criminal. Apelação Criminal 473/2001. Rel. Des. Jorge Uchoa. Julg. 18.06.2002. Pai condenado por ter torturado a filha, privando-a de alimentos, e levando-a à morte. Apelação provida, para absolver da acusação, por não haver nexo de causalidade entre a morte e ato intencional do pai.

[425] Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Sexta Câmara Criminal. Apelação Criminal 5151/2001. Rel. Des. Marcus Quaresma Ferraz. Julg. 7.3.2002. Pub. 1.4.2002. Pai condenado em 1º Grau como incurso no art. 1º, II, § 4º. Provimento da apelação, com desclassificação para lesões corporais leves, em face da ausência de gravidade das lesões praticadas sobre filho de dois anos de idade.

[426] **TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. APELAÇÃO CRIMINAL (APELANTE) Nº 1.0474.03.006849-5/001 - COMARCA DE PARAOPEBA - APELANTE(S): LEANDRO TEIXEIRA - APELADO(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. ERONY DA SILVA. Julg. 22/06/2004. Pub. 15/09/2004. Relator: "O crime sob comento requer um intenso sofrimento físico ou mental da** vítima. Fundamental exceda o agente pretensos fins coercitivos ou disciplinares, e tudo isso vem devidamente provado nos autos. Tanto o elemento volitivo do agente, quanto o resultado provocado apontam, sem qualquer margem à dúvidas, para a existência do bárbaro crime de TORTURA. Agressões vis e práticas cruéis".

(Des. Paulo Cézar Dias): "a intenção do apelante, por tudo que está na prova, era pura e simplesmente fazer a pequenina vítima sofrer, sentir dores, TORTURÁ-la brutalmente. Não era só uma intenção de corrigi-la, no exercício do pátrio poder. Procedia o apelante com ódio, sem nenhuma piedade[...].

[427] Primeira Câmara Criminal. Número do processo:1.0000.00.241454-8/000(1).
Relator:MÁRCIA MILANEZ . Data do acordão:18/12/2001. Data da publicação:01/02/2002.

[428] São Paulo – TJSP – Sexta Câmara Criminal. Apelação Criminal nº 372.268.3/2 – Comarca de São Paulo. Relator: Haroldo Luz. Julgamento: São Paulo, 20/03/2003. Publicação: s/d

[429] Idem

O Tribunal de Justiça consolidou o conceito de que a tortura exigiria a presença de "sadismo imotivado", a configurar "vil sentimento lascivo".

Essa conclusão é tão mais preocupante quanto foge da apreciação dos contornos concretos da Lei 9.455/97 e vai se abrigar na construção doutrinária e pretoriana acerca da interpretação da tortura como agravante, ou causa de aumento de pena, por ser meio cruel de execução de um crime.

Apreciando a Apelação Criminal nº 425.819.3/8-00, de Ribeirão Preto, o Tribunal de Justiça identificou, nos fatos, presença do "sadismo imotivado". Os fatos são como segue:

> O 'apelante, solteiro e com 21 anos de idade, amasiou—se com quem já tinha seis filhos de relacionamentos anteriores.' 'A mãe [da criança, vítima da agressão] saía para trabalhar e deixava, para infelicidade de seus filhos menores, o apelante em casa, disso resultando que as crianças passassem a sofrer todo tipo de agressão, desde socos até espancamentos com fio de antena de televisor, tapas, além de toda sorte de humilhações, como ser obrigado a ficar nu durante a noite, fora da casa, o que provocou a revolta dos vizinhos e comunicação ao conselho tutelar da cidade'. [430]

O apelante e agressor não era, portanto, pai das crianças. Vivia com a mãe, há pouco tempo. O Tribunal não aprofundou a questão. Mas este não é o ponto central. Aspecto relevante é que o Tribunal procurou examinar tanto os elementos objetivos quanto subjetivos, e decidiu, negando a pretendida desclassificação para lesão corporal ou maus tratos:

> Aqui também não há que se falar em desclassificação do delito para lesão corporal ou maus tratos. Por primeiro, porque foram diversos os espancamentos sofridos pelas vítimas, e também porque outro tipo de sevícia, como castigos inteiramente descabidos e perversos, não deixaram seqüelas físicas, mas psicológicas; por segundo, porque as torturas impostas não tinham qualquer intuito de correção, mas desbordavam para o sadismo puro e simples[431].

A idéia de que tortura exige presença de "sadismo imotivado" parece ter-se consolidado no Tribunal de Justiça de São Paulo.

---

[430] São Paulo – TJSP – Décima Nona Câmara Extraordinária do TJSP. Apelação nº 425.819.3/8-00 – Comarca de Ribeirão Preto. Relator: Fábio Gouvêa. Julgamento: São Paulo, 18/05/2004. Publicação: s/d.

[431] Idem.

Inobstante isto, recentemente, novo pronunciamento afasta-se um pouco desses precedentes. Esta nova decisão[432], ainda que confira elevada importância ao elemento volitivo, estabelece melhor norte à corrente interpretativa e respeita mais adequadamente a inteireza da Lei 9.455/97.

Na apreciação do elemento subjetivo, é construído um novo conceito, inexistente na lei: a exigência de um "sadismo" [433], qualificado ainda como "imotivado" [434] [435], porque, na tortura, "o propósito é causar o padecimento da vítima" [436] [437].
Por outro lado, não é toda agressão que se qualifica para tipificação da tortura, mas aquela agressão que causa "intenso sofrimento físico ou mental" [438], sendo "fundamental" que "exceda o agente pretensos fins coercitivos ou disciplinares" [439]. O agressor pode utilizar-se de "instrumento apropriado, ou até mesmo de atitudes

---

[432] São Paulo – TJSP – Segunda Câmara Criminal do TJSP. Apelação Criminal nº 477.047-3/0-00 – Comarca de São Paulo. Relator: Pires Neto. Julgamento: São Paulo, 30/05/2005. Publicação: s/d.
[433] **Primeira Câmara Criminal. Número do processo:1.0000.00.241454-8/000(1). Relator:**MÁRCIA MILANEZ . **Data do acordão:**18/12/2001. **Data da publicação:**01/02/2002.
[434] Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Segunda Turma Criminal. Apelação Criminal Nº 2002 04 1 001278-8. Relator: Des. GETULIO PINHEIRO. Voto: "o crime de maus tratos tipificado no Código Penal se assemelha com o crime de tortura. Porém, este é praticado por puro sadismo imotivado e não com animus corrigendi ou disciplinandi, características do crime de maus tratos".
[435] Número do processo: 1.0000.00.254138-1/000(1). Relator: HERCULANO RODRIGUES Data do acordão: 14/03/2002 Data da publicação: 03/04/2002.
[436] PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. APELAÇÃO CRIMINAL (APELANTE) Nº 1.0114.03.019307-1/001 - COMARCA DE IBIRITÉ - APELANTE(S): SOLIVAN SILVA COSTA - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. ARMANDO FREIRE. Julg. 07/12/2004. Pub. 14/12/2004.
[437] Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Primeira Câmara Criminal. Ap. Crim. Nº 70006848766. Relator: Des. Marcel Esquivel Hoppe. Julg. 03/12/2003. A vítima em seus relatos afirma veementemente os maus tratos sofridos por sua mãe adotiva, a qual praticou o delito com requintes sádicos, sendo tão desprovida de sentimentos que não se contentando em queimar a língua da criança ainda colocava sal, vinagre, pimenta e limão, demonstrando seu alto grau de crueldade em fazer sofrer a criança indefesa e de tenra idade. [...] Descabe a alegação de desclassificação para o delito de maus tratos, tendo em vista que este é quando o agente pune para corrigir agindo com excesso no direito de corrigir para fins educacionais, o que não foi o caso dos autos. Já o delito de tortura configura-se pelo sentimento vil em busca de causar sofrimento à vítima.
[438] PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. APELAÇÃO CRIMINAL (APELANTE) Nº 1.0114.03.019307-1/001 - COMARCA DE IBIRITÉ - APELANTE(S): SOLIVAN SILVA COSTA - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. ARMANDO FREIRE. Julg. 07/12/2004. Pub. 14/12/2004.
[439] TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. APELAÇÃO CRIMINAL (APELANTE) Nº 1.0474.03.006849-5/001 - COMARCA DE PARAOPEBA - APELANTE(S): LEANDRO TEIXEIRA - APELADO(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. ERONY DA SILVA. Julg. 22/06/2004. Pub. 15/09/2004.

psicológicas", contanto que consiga "infligir dores e sofrimentos profundos na pessoa da vítima" [440].

No confronto entre o elemento subjetivo e o objetivo, "a questão [...] deve ser resolvida perqüirindo-se o elemento volitivo" [441]. O dolo, a intenção, a vontade prevalece na definição, ou seja, mesmo em situação em que a vítima sofria "atroz sofrimento", esse "comportamento anormal não caracterizou [...] o crime de tortura, que é praticado por puro sadismo imotivado" [442].

> Se o que motivou o agente foi o desejo de corrigir, embora o meio empregado tenha sido desumano e cruel, o crime é de maus tratos - se a conduta não tem outro motivo senão o de fazer sofrer por prazer, ódio ou qualquer outro sentimento vil, então pode ela ser considerada tortura.[443]

Um outro aspecto relevante merece ser referido: a questão da prova da tortura e o seu ônus. Aplicaram os tribunais o princípio geral previsto no Código de Processo Penal: o ônus da prova é de quem alega. Os tribunais não distinguiram situações em que réus, em processos criminais diversos, alegavam terem suas confissões ou informações sido prestadas sob tortura policial, daquelas outras em que réus se defendiam diretamente de acusações de práticas de tortura.

O Supremo Tribunal Federal definiu o norte interpretativo na matéria, ao considerar que "Alegação de tortura que em nenhum momento se provou não há como poder ser considerada: o que não está nos autos, não está no mundo" [444]. Os tribunais, portanto, exigiram dos réus que alegaram terem sido torturados, que comprovassem

---

[440] Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Primeira Câmara Criminal. Número do processo:1.0000.00.241454-8/000(1).
Relator:MÁRCIA MILANEZ . Data do acordão:18/12/2001. Data da publicação:01/02/2002.

[441] APELAÇÃO CRIMINAL (APELANTE) Nº 000.217.432-4/00 - COMARCA DE LAGOA DA PRATA - APELANTE(S): MARCILENE NEVES SILVA, OU MARCILENE DAS NEVES SILVA CHAVES - APELADO(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS, PJ COMARCA LAGOA PRATA - RELATOR: EXMO. SR. DES. GUDESTEU BIBER . Julg. 08/05/2001. Pub. 11/05/2001.

[442] Número do processo: 1.0000.00.254138-1/000(1). Relator: HERCULANO RODRIGUES Data do acordão: 14/03/2002 Data da publicação: 03/04/2002.

[443] APELAÇÃO CRIMINAL (APELANTE) Nº 000.217.432-4/00 - COMARCA DE LAGOA DA PRATA - APELANTE(S): MARCILENE NEVES SILVA, OU MARCILENE DAS NEVES SILVA CHAVES - APELADO(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS, PJ COMARCA LAGOA PRATA - RELATOR: EXMO. SR. DES. GUDESTEU BIBER . Julg. 08/05/2001. Pub. 11/05/2001.

[444] STF – HC 73.565 – SC – 2ª T. – Rel. Min. Maurício Corrêa – DJU 20.09.1996.

a tortura, sob pena de serem rejeitados seus argumentos [445] [446] [447] [448] [449], não valendo "mera alegação" [450]. Assim, se o réu em sua defesa alega que a confissão foi obtida após sessões de tortura, a ele cabe demonstrar a veracidade das alegações. Não conseguindo provar ter sido torturado, "admite-se a confissão feita com riqueza de detalhes" [451].

---

[445] 3ª Câmara Criminal Isolada do Tribunal de Justiça do Pará. Nº do Acórdão: 54539. Nº do Processo:2004303168. Recurso / Ação:Apelação Penal. Data de Julgamento:21/10/2004. Comarca:Castanhal – PA. Relator: Desembargadora Heralda Dalcinda Blanco Rendeiro. EMENTA: APELAÇÃO PENAL - CRIME DE ROUBO QUALIFICADO - A ALEGADA DESOBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DO IN DÚBIO PRO REO NÃO TEM PROCEDÊNCIA - O MINISTÉRIO PÚBLICO, AO OFERECER A DENÚNCIA, O FÊZ BASEADO EM ELEMENTOS QUE COMPROVAM A EXISTÊNCIA DO FATO TÍPICO E SUA RESPECTIVA AUTORIA - AFIRMAÇÃO DO APELANTE DE QUE SUA ASSINATURA NO INQUÉRITO POLICIAL FOI OBTIDA SOB TORTURA NÃO MERECE CREDIBILIDADE - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - OS DEPOIMENTOS DO APELANTE PROPICIARAM A ELUCIDAÇÃO DO CRIME E A PRISÃO DOS DEMAIS ENVOLVIDOS, O QUE EVIDENCIA A SUA PARTICIPAÇÃO NO DELITO - RECURSO IMPROVIDO - DECISÃO UNÂNIME.

[446] Tribunal de Justiça do Distrito Federal. 1ª Turma Criminal. APELAÇÃO CRIMINAL 20000110204057APR DF. **Relator :** LECIR MANOEL DA LUZ. **Acordão Número :** 163227. **Data de Julgamento :** 29/08/2002 **Publicação no DJU:** 20/11/2002 **Pág. :** 77. A PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE MILITA EM FAVOR DA AUTORIDADE POLICIAL OU JUDICIÁRIA. NÃO PROSPERAM MERAS ALEGAÇÕES DE TORTURA E FLAGRANTE FORJADO QUE NÃO ENCONTRAM AMPARO NO CONJUNTO PROBATÓRIO. O TESTEMUNHO DE POLICIAIS MILITARES É MEIO IDÔNEO DE PROVA, MORMENTE QUANDO MOSTRA-SE SEGURO, UNÍSSONO E HARMÔNICO COM OS DEMAIS ELEMENTOS DOS AUTOS.

[447] Tribunal de Justiça do Distrito Federal. 2ª Turma Criminal APELAÇÃO CRIMINAL APR974189 DF. **Acordão** 58520. **Relator :** LÉCIO RESENDE. **Data de Julgamento :** 17/06/1992. **Publicação no DJU:** 02/09/1992 **Pág. :** 26.797. ALEGAÇÃO DE TORTURA DESACOMPANHADA DE PROVA - SENTENÇA MANTIDA - RECURSOS DESPROVIDOS. A POLÍCIA NÃO TEM NECESSIDADE DE RECORRER A QUALQUER ESPÉCIE DE CONSTRANGIMENTO PARA A PURAR A AUTORIA DELITIVA, ATÉ PORQUE A CONFISSÃO NÃO É O ÚNICO MEIO DE PROVA EXISTENTE, NEM MUITO MENOS A RAINHA DAS PROVAS. PRESUNÇÃO HÁ DE SER EM FAVOR DA AUTORIDADE PÚLICA, POLICIAL OU JUDICIÁRIA, DEVENDO ARCAR COM O ÔNUS DA PROVA QUEM ALEGA VIOLAÇÃO DE DIREITO.

[448] Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Primeira Turma Criminal. APR - Apelação Criminal 2000.01.5.001311-0. Não é de se considerar que a confissão foi obtida por meio de tortura, porque os apelantes não comprovam a prática de violência por parte dos policiais.

[449] Tribunal de Justiça da Bahia. CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS Nº Acordão: 26244. Processo: 21.954-8/2000. APELAÇÃO CRIME. Relator(a): BENITO A. DE FIGUEIREDO. ALEGAÇÃO DE PROVAS OBTIDAS MEDIANTE TORTURA DOS SUSPEITOS PELA AUTORIDADE POLICIAL. AUSÊNCIA, PORÉM, DE QUALQUER ELEMENTO OBJETIVO, DEMONSTRANDO TAL PRÁTICA, DE MODO A NÃO SE PODER CONSIDERAR O ALEGADO VERDADEIRO. PRELIMINAR ENJEITADA.

[450] TJMT – ACr 2.406/97 – Classe I – 14 – Cáceres – 1ª C.Crim. – Rel. Des. Carlos Avallone – J. 06.05.1997.

[451] TJMT – ACr 1.918/94 – Classe I – 14 – Várzea Grande – 1ª C.Crim. – Rel. Des. Carlos Avallone – J. 04.04.1995.

Começaram os tribunais a definir o grau de exigência de "formal comprovação" [452] da prática da tortura: "cabal e estreme de qualquer dúvida" [453], "límpida e irrefutável" [454]. Tal incluindo não apenas a prática da conduta em si, os elementos objetivos, mas incluindo, também, ou especialmente, como visto anteriormente, a prova dos elementos subjetivos, da "intenção do agente"[455].

Atribuir inteiramente à alegada vítima da tortura o ônus de provar sua alegação é a principal causa da impunidade. A vítima não tem paridade de armas com o agressor, nem está preparado para investigar a conduta criminosa. Se já é assim para as

---

[452] Tribunal de Justiça da Bahia. SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL. **Nº Processo:** 9.682-1/01. APELAÇÃO CRIME. **Relator(a):** EXPEDITO TEIXEIRA DE CARVALHO. **Nº Acórdão :** 16794. **Nº Processo :** 9.682-1/01. SEM FORMAL COMPROVAÇÃO, NÃO TEM EFICÁCIA A ALEGAÇÃO, SEGUNDO A QUAL A CONFISSÃO FORA OBTIDA MEDIANTE TORTURA E O FLAGRANTE RESULTOU DE ENGENHOSA "ARMAÇÃO" POLICIAL. DESDE QUE A SENTENÇA, FIXANDO A PENA NO MÍNIMO, DEVE SUBSISTIR INTEGRALMENTE, UMA VEZ QUE NÃO HAJA OBJEÇÃO DA PARTE INTERESSADA, QUE SERIA O ÓRGÃO ACUSADOR.

[453] TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Número do processo:1.0024.00.030304-0/001(1).**
Relator: ERONY DA SILVA. **Relator do Acordão:** PAULO CÉZAR DIAS. **Data do acordão:** 01/03/2005. **Data da publicação:** 19/04/2005.EMENTA: APELAÇÃO - **TORTURA** - CONJUNTO PROBATÓRIO INSUFICIENTE PARA ENSEJAR UM DECRETO CONDENATÓRIO - Impõe-se a absolvição pelo princípio do "in dubio pro reo", quando os diversos elementos de provas coligidos para os autos não geram a certeza de terem os acusados, agentes da polícia civil, praticado o delito cuja autoria lhes é imputada, pois uma condenação criminal só deve ser embasada em prova cabal e estreme de qualquer dúvida.

[454] **Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Número do processo:1.0267.04.910501-3/001(1).**
Relator:REYNALDO XIMENES CARNEIRO. **Data do acordão:** 07/04/2005. **Data da publicação:**21/04/2005. **Ementa:** CRIME DE TORTURA – PROVA – FRAGILIDADE NA FASE JUDICIAL – SUPOSTAS VÍTIMAS COM CONDUTA COMPROMETEDORA – TESTEMUNHOS FAVORÁVEIS AOS POLICIAIS – ABSOLVIÇÃO - APREENSÃO ILEGAL DE MENOR NOS TERMOS DOS ARTS. 230 E 231 DO ECA - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - DELITOS CARACTERIZADOS - SENTENÇA CONFIRMADA EM PARTE. A condenação em crime de tortura exige prova límpida e irrefutável de que o agente público causou na pessoa, mediante violência ou ameaça, sofrimento físico ou mental, com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima. Prova frágil, consistente tão-só nos depoimentos das vítimas, cuja conduta censurável, compromete suas declarações, sobretudo por contrariar outros e importantes pontos do contexto probatório, não autoriza o decreto condenatório. Absolvição que se decreta. A apreensão do menor em operação policial sem a simultânea apresentação em juízo ou ao órgão ministerial, deixando-o em estabelecimento prisional da Delegacia, constitui crime dos artigos 230 e 231 do ECA.

[455] Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Ap. Crim. Nº 540/2004. 26/10/2004. Relator: Dês. Marco Aurélio Bellizze. **APELAÇÃO.** Crime de tortura. Delegado de polícia que no interior da repartição pública efetua três disparos em direção a pessoa que entrevistava. Preliminar de nulidade da sentença pela não comprovação de elemento subjetivo essencial do tipo em sua conduta. Matéria que guarda relação com o mérito. Rejeição. Pedido de absolvição. Ausência de dolo de matar. Elemento subjetivo do injusto ou especial fim de agir que integra o tipo penal. Necessidade de comprovação. Intenção do agente que pratica a violência física ou moral de obter confissão. Sentença que não menciona o especial fim de agir. Crime de tortura não configurado. Desclassificação. Artigos 617 e 383 do CPP. Crime de abuso de autoridade. Prescrição da pretensão punitiva. Reconhecimento de ofício.

vítimas em geral, com muito maior gravidade, quanto à vítima da tortura, que tem como agressores, em regra geral, policiais.

Daí que, inobstante a constituição vedar o uso de provas obtidas ilicitamente – e o uso da tortura é ilícito penal – a prova da ilicitude – que eqüivale à prova da tortura – é da vítima. Isto esclarece porque ainda são escassas as decisões que invalidam confissões e depoimentos, ao fundamento de terem sido obtidos mediante coerção e tortura [456] [457] [458] [459] [460] [461] [462].

---

[456] Tribunal de Justiça do Maranhão. SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL. APELAÇÃO CRIMINAL n° 12405-1996. Data do julg.: 20/03/1997. Relator: MILSON DE SOUZA COUTINHO. Acórdão: 0223481997. Data da Publicação: 31/03/97. Ementa: Entorpecentes. Prova extra-judicial. Absolvição. A prova para a condenação por tráfico de drogas há que ser acolhida em ambiente de garantia constitucional do acusado, não podendo amparar-se em confissão extraída sob o pálio repulsivo da tortura. Recurso provido.

[457] TJSC – HC 96.007040-0 – SC – 1ª C.Crim. Rel. Des. Genésio Nolli – J. 26.05.1998. HABEAS CORPUS – PROVA OBTIDA MEDIANTE TORTURA CONSIDERADA ILÍCITA POR ESTE TRIBUNAL – PRETENSÃO DO ÓRGÃO ACUSADOR DE UTILIZÁ – LA EM SESSÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI – IMPOSSIBILIDADE – A PROVA OBTIDA MEDIANTE MEIOS ILÍCITOS, TAL QUAL A TORTURA, É INADMITIDA NO NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO (ART. 5º, LVI, DA C.F.) – ORDEM CONCEDIDA PARA VEDAR SUA UTILIZAÇÃO NO TRIBUNAL DO JÚRI

[458] TJMS – ACr – Classe A – XII – N. 59.008-7 – Maracaju – 2ª T.Crim. – Rel. Juiz Rubens Bergonzi Bossay – J. 14.10.1998. Se o réu em seus interrogatórios na polícia e em juízo apresenta diferentes versões para os fatos, mas os atos de tortura por ele praticados contra menor de apenas um ano de idade ficam evidenciados pelas declarações coerentes da mãe da menor, depoimentos de testemunhas, da médica que tratou da criança e, ainda, pelo laudo médico comprobatório de que a vítima encontrava-se politraumatizada, a prova é suficiente para autorizar a condenação

[459] TJMT – ACr 2.420/97 – Classe I – 14 – Cuiabá – 1ª C.Crim. – Rel. Des. Paulo Inácio Dias Lessa – J. 25.03.1997. A confissão obtida na fase extrajudicial, mediante comprovada tortura policial, retratada em juízo, não corroborada por outros meios de prova, é insuficiente para embasar o decreto condenatório, impondo-se a absolvição.

[460] *TJMT – ACr 1.763/94 – Classe I – 14 – Pontes e Lacerda – 1ª C.Crim. – Relª Desª Shelma Lombardi de Kato – J. 23.08.1994. São nulas e nenhum efeito produzem as provas obtidas por meio ilícito, principalmente a confissão mediante tortura. À falta de elementos seguros que autorizem a condenação, impõe-se seja o réu absolvido.*

[461] (TJSC – ACr 26.903 – SC – 1ª C.Crim. – Rel. Des. Ernani Ribeiro – J. 17.05.1993). Equivale a decisão manifestamente contrária à prova dos autos a confissão extorquida dos pseudoculpados mediante o uso de tortura, já que a violência aberra ao senso de justiça, podendo guardar contornos intoleráveis quando perpetrada por agentes do Poder Público, quando se valem de choques elétricos aplicados na sola dos pés e no órgão sexual de suas vítimas.

[462] Tribunal de Justiça da Bahia. CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS. Nº Acordão: 14311. Nº Processo: 57.240-7. Relatora: ANNA MARIA ASSEMANY BORGES. HOMICÍDIO QUALIFICADO E ESTUPRO. REDUÇÃO DA PENA. PROVAS INSUFICIENTES PARA CONDENAÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE PARA O CRIME DE ESTUPRO. PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO.* CONDENAÇÃO EM 1° GRAU. REDUÇÃO DA PENA EM RECURSO DE APELAÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVA PARA UMA CONDENAÇÃO. A CONDENAÇÃO NÃO PODE SER BASEADA SOMENTE NA CONFISSÃO QUANDO ADQUIRIDA SOB ALEGAÇÃO DE TORTURA. NÃO COMPROVADA A MATERIALIDADE DO CRIME DE ESTUPRO. PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*. PROVIMENTO DO PEDIDO REVISIONAL PARA ABSOLVER O REQUERENTE. (TJ-BA, REV. CRIM. 57.240-7, CCRIMS. REUNS., RELA. JZA. CONV. ANA MARIA ASSEMANY BORGES, J. 04.04.01, PROV./UN. – AC. 14.311)

Por que é difícil provar? O Tribunal de Justiça do Amapá refletiu sobre isto, e sintetizou de modo bastante focado:

> No que se refere à autoria delitiva, dúvida não há que o primeiro apelante realmente infringiu o dispositivo legal do art. 1º, I, 'a', da Lei nº 9.455/97, na chamada tortura-persecutória ou tortura-prova. Em Juízo, é a própria vítima que relata, com riqueza de detalhes, todo o modus operandi utilizado por cada um dos apelantes para a prática das agressões físicas e psicológicas a que foi submetida (fls. 448/449).
> Tratando-se de crime de tortura, geralmente cometido às escondidas, sem testemunhas presenciais, em que os suspeitos do delito são "convidados" a falar mediante múltiplas agressões, a palavra da vítima assume grande relevo, especialmente quando confirmada por outros elementos probantes, como por exemplo, o Laudo Pericial de Exame de Corpo de Delito,
> Não se pode perder de vista que, em geral, os responsáveis pela tortura são agentes do Estado, incumbidos ou da manutenção da ordem e da segurança (caso dos policiais militares) ou da investigação dos crimes e suas autorias (caso das polícias civis). Em qualquer um daqueles casos, os responsáveis pela violência contra as pessoas detidas é que prestarão depoimento nos inquéritos policiais, exibindo-se como agentes da lei e da ordem, e carregando consigo os fora-da-lei e desordeiros. Aliás, como já dito, a tortura ocorre com mais freqüência, portanto, nas delegacias de polícia, como método de investigação, para obter informações ou confissão, e nos estabelecimentos prisionais, como modo de punir e castigar.
> Além da obtenção de confissão ou informação, a tortura também provoca a fragilização da vítima. Destruindo sua resistência moral, pela incapacidade de resistência às dores físicas ou pressões psicológicas, o torturador exerce um poder que só se manifesta porque a vítima está sob seu inteiro domínio, sendo presa fácil.
> De mais a mais, não se pode perder de vista que, em geral, os responsáveis pela tortura são agentes do Estado, incumbidos ou da manutenção da ordem e da segurança (caso dos policiais militares) ou da investigação dos crimes e suas autorias (caso das polícias civis). Em qualquer um daqueles casos, os responsáveis pela violência contra as pessoas detidas é que prestarão depoimento nos inquéritos policiais, exibindo-se como agentes da lei e da ordem, e carregando consigo os fora-da-lei e desordeiros. [463]

É relevante reconhecer que o crime de tortura é "geralmente cometido às escondidas [464], sem testemunhas presenciais", ou seja, não há vigilância ou controle externo aos que praticam tal conduta. Daí que "a palavra da vítima" assuma "grande

---

[463] Tribunal de Justiça do Amapá - ACr n.º 1767/03 - Acórdão n.º 6947 - Rel. RAIMUNDO VALES - Câmara Única - j. 21/06/2004 - v. Unânime - p. 11/08/2004 - DOE n.º 3338. http://www.tjap.gov.br Acesso em 6 de junho de 2005

[464] A compreensão de que "tais crimes" costumam ser "perpetrados, em geral, às escondidas" fazendo com que "a palavra da vítima, bem como a dos que a cercam", revista-se "de suma importância, para o deslinde da autoria, mormente, quando são coerentes entre si e se os depoentes não demonstram motivo especial para incriminar um inocente, a não ser a busca da verdade", também foi partilhada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. Segunda Turma Criminal. Apelação Criminal 1999 01 1 070492-7. Relator : Des. GETULIO PINHEIRO.

relevo", per se, mas "especialmente quando confirmada por outros elementos probantes.

Igualmente merece destaque a admissão de que "a tortura ocorre com mais freqüência [...]nas delegacias de polícia, como método de investigação, para obter informações ou confissão, e nos estabelecimentos prisionais, como modo de punir e castigar".

A decisão avança na análise de dados criminológicos e de vitimologia, para reconhecer que "a tortura também provoca a fragilização da vítima", que se vê sob domínio do torturado, de quem se torna "presa fácil".

O Acórdão conclui com referência oportuna, para compreender a dificuldade de obtenção de prova da tortura e de punição dos torturadores: "os responsáveis pela tortura são agentes do Estado, incumbidos ou da manutenção da ordem e da segurança [...] ou da investigação dos crimes e suas autorias [...]".

E são esses responsáveis pela violência contra as pessoas detidas que "prestarão depoimento nos inquéritos policiais, exibindo-se como agentes da lei e da ordem, e carregando consigo os fora-da-lei e desordeiros".

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro também fez reflexões relevantes, ao apreciar a Apelação Nº 2001.050.052, relatada pelo Des. Rudi Loewenkren. Em seu voto, o magistrado disse:

> No dia a dia do exame dos autos criminais que recebo, comum é ler sobre a negativa dos acusados e suficiente para condenar têm sido os testemunhos dos policiais participantes das diligências, às vezes como prova única. Em alguns casos chega o julgador a se indagar o porquê da ausência de depoimentos leigos confirmatórios da licitude e da justiça da ação policial.
> Essa dúvida acaba sendo espancada pela ciência da razão sobre a negativa da população em colaborar com as autoridades em sua luta contra o crime. É que ninguém é candidato à futura vítima dos meliantes, já que o nosso Estado falha em garantir a segurança de quem quer que se disponha a depor incriminando um meliante, principalmente quando ligado ao crime organizado.
> A população também evita defender aquele que é aprisionado por razões inversas, temendo algum tipo de perseguição policial.
> Ser testemunha na nossa Justiça é ser candidato a uma via crucis, tanto na esfera policial como em juízo, com intimações para horários não

respeitados, com tratamentos grosseiros e com total falta de respeito por essa vital função.
A prova de suporte da denúncia, como de hábito, veio formada pela palavra dos captores.
A ação policial começou em manhã clara por volta das 9 horas quando a jornada laborativa para muitos se inaugurava.
E sem embargo da presença de passantes houve violência policial.
E ocorreram fatos fora da rotina comum.
A ação policial foi a céu aberto despertou a indignação de muitos. Daí que o Disque-denúncia foi acionado e a reportagem de uma emissora de TV foi chamada. Como resultado os policiais em trajes comuns sumiram e em seu lugar apareceram milicianos fardados.

O que fez a diferença neste processo é que, para contestar a ação policial a Juízo, vieram seis cidadãos que não se limitaram ao depoimento comum sobre nunca terem ouvido falar das ligações ilícitas dos Acusados. Em oposto, denunciaram o que viram, isto é que as apreensões foram falsas e que os detidos sofreram violência de toda sorte a começar pelo tempo em que ficaram amarrados ou algemados no local até serem levados para a delegacia, nunca menos de oito horas, considerando-se que pela informação oficial a caravana deixou o morro depois das 16 horas.

Vânia Cristina ainda declarou que dois dos réus levavam tapas na cara e chutes e ouviu que a reportagem foi chamada porque eles estavam apanhando demais. Denise disse que o espancamento de Alexandre durou mais de três horas, mas viu também Daniel apanhando.
A prova tem que merecer credibilidade e a dos policiais se apresentou manchada pelo excesso de violência.
A diligência foi muito anormal. Já começou com a notícia de extorsão por policiais e ela veio por, suponho, outros policiais, como já foi dito. Além do mais, os autos revelam prisões por volta das 9 horas da manhã e a notícia do Comandante é que eles encerraram o seu trabalho as 16 horas. Durante todo esse tempo os Apelados ficaram amarrados ou algemados lá mesmo no morro.
E o grau de informação sobre espancamentos e maus tratos foi grande. Séries dúvidas pairam sobre a diligência e a correção por policiais. Daí como concluiu S. Exa falta à prova acusatória um mínimo de credibilidade. [465]

[465] Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Ap. Nº 2001.050.052. Julg. 03/04/2001. Relator: Des. Rudi Loewenkren.

É possível provar.[466] Mas é necessário que haja investigação. A discussão sobre investigação, no Brasil, hoje, se faz sob enfoque que nada avança o Estado de Direito, antes o compromete. Não discute o Supremo Tribunal Federal se a vítima tem um direito a que a violação a seu bem jurídico seja investigado. O que discute o Supremo é se a polícia tem, com exclusividade, o poder de investigar, ou se o poder-dever de investigar também pode ser exercido pelo Ministério Público.

Talvez porque se considere um pressuposto tão evidente por si mesmo, não há muitas decisões reconhecendo um dever de investigar, de colher provas. Mas existem algumas decisões [467]..

Se é necessário e inafastável investigar, a investigação deve começar pela ouvida da vítima, quando tal for possível. Não ouvi-la de modo protocolar e burocrático. É necessário valorizar seu depoimento. E fazer as perguntas pertinentes, conducentes à elucidação dos fatos e sua autoria.

O Tribunal de Justiça do Maranhão se deparou com caso em que se pedia reforma da sentença, para desclassificação da condenação por tortura, seguida de morte, para o de abuso de autoridade e homicídio culposo. O argumento era que "a morte da vítima deveu-se exclusivamente a um acidente de moto".

---

[466] Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Ap. Nº 2001.050.052. Julg. 03/04/2001.
Relator: Dês. Rudi Loewenkren. Ementa: Cumpre aos agentes policiais colher provas do delito que pensam reprimir e a repreensão deve ser feita nos estreitos limites do respeito à pessoa humana. Discrepa desse ordenamento a ação com espancamentos, torturas e maus tratos publicamente cometidos e testemunhados fartamente a ponto de abalar a credibilidade das informações apresentadas pelas autoridades, principalmente quando os acusados não tem antecedentes e muitas foram as pessoas que compareceram em Juízo para atestarem que não portavam ou possuíam armas ou estavam com papelotes de cocaína ou tinham envolvimento com o tráfico organizado.
(No voto): A prova tem que merecer credibilidade e a dos policiais se apresentou manchada pelo excesso de violência. A diligência foi muito anormal. Já começou com a notícia de extorsão por policiais e ela veio por, suponho, outros policiais, como já foi dito. Além do mais os autos revelam prisões por volta das 9 horas da manhã e a notícia do comandante é que eles encerraram o seu trabalho as 16 horas. Durante todo esse tempo os Apelados ficaram amarrados ou algemados lá mesmo no morro. E o grau de informação sobre espancamentos e maus tratos foi grande. Séries dúvidas pairam sobre a diligência e a correção por policiais. Daí como concluiu S. Exa Falta à prova acusatória um mínimo de credibilidade.

[467] Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Ap. Nº 2001.050.052. 03/04/2001. Relator: Dês. Rudi Loewenkren. Ementa: Cumpre aos agentes policiais colher provas do delito que pensam reprimir e a repreensão deve ser feita nos estreitos limites do respeito à pessoa humana.

O Tribunal examinou a sede das lesões, descritas no laudo, e concluiu:

> Ora, o mais leigo em medicina questionaria se todas essas lesões teriam sido sofridas apenas por uma acidente de moto, a não ser que fosse ocasionado por uma queda de precipício e, no caso *sub examine,* os profissionais legistas são claros e concisos em afirmar que a morte da vítima deveu-se a prática de várias agressões físicas sofridas pelo indivíduo, o que não há de se questionar nesta fase.[468]

Exige-se que o depoimento seja convincente [469], o que significa dizer que possa ser corroborado por outros elementos de prova constantes do processo, tais como testemunhas [470] e laudos periciais [471] etc.

Não é toda vítima, contudo, que consegue reunir em torno de si aceitação de suas palavras, para servir como fonte de informação de credibilidade. Como dito pelo Tribunal do Amapá, pesa contra si, muitas vezes, ser o “fora-da-lei”, o “desordeiro”, querendo livrar-se de uma acusação, acusando o agente da lei, o defensor da lei e da ordem.

---

[468] Tribunal de Justiça do Maranhão. SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL. APELAÇÃO CRIMINAL Nº 017676/2003. RELATOR: Des. JOSÉ PIRES DA FONSÊCA. Julg. 16/10/2003. Pub. 22/10/03.TJMA http://www.tj.ma.gov.br acesso em 25 de junho de 2005.

[469] **Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Processo: 1.0024.02.746901-4/001(1).**
Relator: JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES. **Data do acordão:** 07/10/2004. **Data da publicação:** 18/11/2004. **Ementa:** Se as declarações das vítimas são convincentes e se os depoimentos de testemunhas e de co-réus corroboram o que foi por elas alegado, não cabe falar em falta de prova para a condenação.

[470] Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Primeira Turma Criminal. APR 2000 03 1 002086-5. Relator Des.: OTÁVIO AUGUSTO. Julg. 22/11/2001. Da mesma forma, a materialidade do crime de tortura está consubstanciada no laudo de lesões corporais de fl. 55, que atestou a existência de "escoriações em placa" em decorrência de agressões experimentadas pela vítima, bem ainda as palavras desta, a qual noticiou ter sofrido as lesões ao fito de confessar suposta autoria de furto à banca de revistas do primeiro apelante.
"A palavra incriminatória da vítima constitui prova de valor quando corroborada pelos fatos e pelo conjunto probatório, não podendo ser infirmada com base no testemunho de co-delinqüente" (RT 721/512).Dessa feita, não há relevância no fato de um dos depoentes ser irmão da vítima Diógenes Myles, e o outro, amigo de ambos, pois, ao contrário da prova oral produzida pela defesa, as declarações são absolutamente harmônicas e encontram ressonância em outros elementos do acervo probatório, não havendo que se falar em valoração desigual da prova subjetiva.

[471] O Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul teve oportunidade de apreciar caso de tortura, em que considerou que o depoimento da vítima foi confirmado pelo depoimento de outra vítima de espancamento na mesma oportunidade, e laudo de exame de corpo de delito confirmou as lesões nos locais do seu corpo citados na fase policial como em juízo. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Revisão Criminal Nº 2004.004433-0/0000-00. Julg. 21/06/2004. Relator: Exmo. Sr. Des. Rui Garcia Dias.

"Prova frágil, consistente tão-só nos depoimentos das vítimas, cuja conduta censurável, compromete suas declarações" não foi admitida pelo Tribunal de Minas Gerais [472].

Para o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, "alegação de tortura, desacompanhada de prova e partindo de preso foragido de penitenciária e considerado de alta periculosidade, não oferece credibilidade" [473].

A vítima é fortemente cobrada a guardar veracidade e coerência em seu depoimento, especialmente se se defende, atacando; se, em esclarecendo as circunstâncias dos fatos, alega ter sido vítima de coerção e violência.

O Tribunal de Minas Gerais criticou vítima que, em seu depoimento, "retratou um quadro também de espancamento", mas "a ausência de lesões características de tortura gera dúvida sobre a veracidade das suas declarações, comprometendo sua validade como fator idôneo de convicção" [474].

---

[472] **Número do processo: 1.0267.04.910501-3/001(1).**
Relator: REYNALDO XIMENES CARNEIRO.
Data do acordão: 07/04/2005. **Data da publicação:** 21/04/2005. **Ementa:** CRIME DE TORTURA – PROVA – FRAGILIDADE NA FASE JUDICIAL – SUPOSTAS VÍTIMAS COM CONDUTA COMPROMETEDORA – TESTEMUNHOS FAVORÁVEIS AOS POLICIAIS – ABSOLVIÇÃO - APREENSÃO ILEGAL DE MENOR NOS TERMOS DOS ARTS. 230 E 231 DO ECA - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - DELITOS CARACTERIZADOS - SENTENÇA CONFIRMADA EM PARTE. A condenação em crime de tortura exige prova límpida e irrefutável de que o agente público causou na pessoa, mediante violência ou ameaça, sofrimento físico ou mental, com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima. Prova frágil, consistente tão-só nos depoimentos das vítimas, cuja conduta censurável, compromete suas declarações, sobretudo por contrariar outros e importantes pontos do contexto probatório, não autoriza o decreto condenatório. Absolvição que se decreta. A apreensão do menor em operação policial sem a simultânea apresentação em juízo ou ao órgão ministerial, deixando-o em estabelecimento prisional da Delegacia, constitui crime dos artigos 230 e 231 do ECA.

[473] TJSC – HC 9.695 – SC – 1ª C.Crim. – Rel. Des. Nauro Collaço – DJSC 25.03.1991 – p. 9.

[474] TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.
Processo: 1.0024.00.030304-0/001(1).
Relator: ERONY DA SILVA. **Relator do Acordão:** PAULO CÉZAR DIAS .**Data do acordão:** 01/03/2005. **Data da publicação:** 19/04/2005.

O Relator frisou que a vítima, "além de foragido da Penitenciária [...], apresenta inúmeras passagens por delito de furto de veículo [...], sendo antigo conhecido da Justiça". "[...] a acusação está lastreada apenas na palavra da vítima, colhida somente em sede do inquisitório, e que apresenta flagrante incoerência, além de não confirmada por qualquer outro elemento probatório digno de credibilidade, ainda que circunstancial ou indiciário, dando lugar, assim, à dúvida".

É preciso atentar para a sentença não incidir no erro de, "ao invés de julgar os acusados [...] julgar a vítima" [475]. O Relator, entretanto, fez questão de frisar que a vítima, "além de foragido da Penitenciária [...], apresenta inúmeras passagens por delito de furto de veículo [...], sendo antigo conhecido da Justiça". Não sendo, portanto, ela própria, merecedora de credibilidade.

Não se deve perder de vista que, "o comportamento inadequado" da vítima, ainda que conhecido nos meios policiais e da justiça, não justifica a prática da tortura por policiais [476].

No dia-a-dia funciona como antevisto pelo Tribunal do Amapá: os acusados de cometerem a tortura, por serem os agentes da lei e da ordem, são vistos favoravelmente. As alegadas vítimas, por serem vistos como desordeiros e fora-da-lei, costumam não ter credibilidade.

A presunção em favor da polícia é afirmada categoricamente por vários tribunais.

No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por exemplo, uma explicação para a (quase) inexistência de condenações de agentes públicos – leia-se, policiais – repousa, basicamente, sobre dois pontos essenciais: a pré-compreensão dos desembargadores, no sentido de que a confissão policial é feita sem coerção e pressão, e a retratação em juízo (pelo réu) decorre do fato de estes serem orientados a fazê-lo; a ausência de investigação, e, portanto, de prova da tortura, cujo ônus é inteiramente entregue à alegada vítima.

Em geral, a opinião prevalecente do Desembargador Silva Pinto[477] tem conferido o norte seguido pelo referido Tribunal de Justiça.

---

[475] Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL. APELAÇÃO CRIMINAL (APELANTE) Nº 1.0000.00.303429-5/000 RELATOR: DES. LUIZ CARLOS BIASUTTI. **Data do acordão:** 10/04/2003. **Data da publicação:** 27/05/2003.

[476] Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Segunda Câmara Criminal. TJMG.20/02/2003. 11/03/2003. Processo: 1.0000.00.291870-4/000(1).
Relator: HERCULANO RODRIGUES. Relator do Acordão: HERCULANO RODRIGUES. Data do acordão: 20/02/2003. Data da publicação: 11/03/2003.

[477] Acórdão 334.516-3/7-00 proferido na APELAÇÃO CRIMINAL N°334.516.3/7-00.

Em diversos Acórdãos, os votos contêm as seguintes expressões textuais:

> Prestaram os agentes da lei, participantes das diligências, depoimentos seguros, coerentes, plausíveis e uniformes que, demais, estão corroborados pelo auto de exibição e apreensão de fi. 11 e pelo laudo de exame químico toxicológico de fi. 44.
>
> Merecem, portanto, suas palavras inteira confiabilidade, máxime quando se considerada que a defesa não conseguiu reunir provas que pudessem desprestigiá-las.
>
> **Jamais iriam correr o risco de responder pelo crime de abuso de autoridade ou de denunciação caluniosa para incriminar alguém que sequer conheciam e com quem não tiveram qualquer desentendimento.** (destaque nosso).

A mesma expressão – onde consigna sua pré-compreensão do papel da polícia ("jamais iriam correr o risco [...]") – é utilizada pelo Desembargador em diversos outros Acórdãos, passando a referir-se não mais aos fatos daquele caso, mas a casos como aquele.[478] A expressão não revela exame acurado do caso específico sob apreciação, mas entendimento aprioristicamente estabelecido sobre como o Judiciário encara – abstratamente – o papel que a polícia desempenha.

O Tribunal de Justiça de São Paulo também tem assente o entendimento de que os atos dos policiais trazem "a presunção de veracidade", em razão de sua qualidade de "agentes da lei".[479] Especialmente porque, na fase policial, inquisitorial, "o indiciado é antes objeto de prova do que sujeito de direito".[480]

Isso explica que, para se

> Descrer dos agentes da autoridade, cuja boa-fé se presume como, de regra, é presumível em relação a qualquer testemunha, só quando o interessado demonstrar por meio de provas, e não apenas suposições genéricas, que no

[478] A expressão também foi utilizada em termos rigorosamente iguais pelo Des. Silva Pinto nos Acórdãos 270.325-3/0-00; 285.543-3/4-00; 333.537-3/5-00; 342.115-3/0-00; 349.885-3/4-00; 359.862-3/8-00; 369.705-3/0-00; 372.012-3/5-00.

[479] Acórdão 315.986-3/0-00, proferido pelo Des. Salles de Abreu – voto 2.504 - na Apelação Criminal de igual número.

[480] Acórdão 341.580-3/4-00 ACR 341.580-3/4 Rel. Des. Walter Guilherme.

> caso concreto houve excesso e abuso funcional, ou, ainda, retaliação por eventos pretéritos.[481]

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios afirma que "a polícia não tem necessidade de recorrer a qualquer espécie de constrangimento para apurar a autoria delitiva" [482], porque "a confissão não é o único meio de prova existente, nem muito menos a rainha das provas". A mensagem que passa é que *a* polícia não recorre a qualquer constrangimento para obter confissão dos suspeitos.

Essa não é uma decisão isolada. Antes, afirma um modo de pensar, que permanece naquela Corte de Justiça. Ainda recentemente, a 1ª Turma Criminal desse Tribunal proclamou que "a presunção de legalidade milita em favor da autoridade policial ou judiciária" [483], pelo que não prosperam "meras alegações de tortura".

O Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul considerou que uma "versão de que a confissão policial fora obtida mediante tortura, sem prova convincente, não merece guarida, mormente diante da presunção de legitimidade dos atos praticados por autoridades públicas" [484].

Muito disso se faz acobertado em argumentos jurídicos válidos, como a invocação do "princípio do livre convencimento" do Juiz. Foi assim, afirmando que "o Juiz

[481] Acórdão 289.384-3/1-00 Apelação Criminal n. 289.384-3/1 — São Paulo — voto n. 5.949. Des. Cerqueira Leite.

[482] Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 2ª Turma Criminal APELAÇÃO CRIMINAL APR974189 DF. Acordão: 58520. Julgamento : 17/06/1992. Relator : LÉCIO RESENDE. Publicação no DJU: 02/09/1992 Pág. : 26.797. ALEGAÇÃO DE TORTURA DESACOMPANHADA DE PROVA - SENTENÇA MANTIDA - RECURSOS DESPROVIDOS. A POLÍCIA NÃO TEM NECESSIDADE DE RECORRER A QUALQUER ESPÉCIE DE CONSTRANGIMENTO PARA A PURAR A AUTORIA DELITIVA, ATÉ PORQUE A CONFISSÃO NÃO É O ÚNICO MEIO DE PROVA EXISTENTE, NEM MUITO MENOS A RAINHA DAS PROVAS. PRESUNÇÃO HÁ DE SER EM FAVOR DA AUTORIDADE PÚLICA, POLICIAL OU JUDICIÁRIA, DEVENDO ARCAR COM O ÔNUS DA PROVA QUEM ALEGA VIOLAÇÃO DE DIREITO.

[483] Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 1ª Turma Criminal. APELAÇÃO CRIMINAL 20000110204057APR DF. Acordão: 163227. Julgamento : 29/08/2002. Relator : LECIR MANOEL DA LUZ. Publicação no DJU: 20/11/2002 Pág. : 77. Ementa: A PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE MILITA EM FAVOR DA AUTORIDADE POLICIAL OU JUDICIÁRIA. NÃO PROSPERAM MERAS ALEGAÇÕES DE TORTURA E FLAGRANTE FORJADO QUE NÃO ENCONTRAM AMPARO NO CONJUNTO PROBATÓRIO. O TESTEMUNHO DE POLICIAIS MILITARES É MEIO IDÔNEO DE PROVA, MORMENTE QUANDO MOSTRA-SE SEGURO, UNÍSSONO E HARMÔNICO COM OS DEMAIS ELEMENTOS DOS AUTOS.

[484] TJMS – ACr – Classe A – XII – N. 54.749-3 – Miranda – 1ª T.Crim. – Rel. Des. Gilberto da Silva Castro – J. 21.10.1997.

aprecia livremente a prova dos autos, indicando os motivos que lhe formaram o convencimento", que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro considerou irrelevante "o número de testemunhas" para a comprovação de um fato, "mas sim a idoneidade e a credibilidade do depoimento", pelo que resolveu considerar "o passado impecável de uma autoridade, bem como o seu elogiável perfil profissional", não dando "credibilidade ao que disseram testemunhas a respeito da apologia à tortura que teria sido feita no recesso de um gabinete". Para o Relator, agir em sentido distinto "importaria na inversão do valor das provas e na própria negação do direito processual" [485].

É necessário, pois, superar a pré-compreensão – ou o preconceito – de que a alegada vítima da tortura é um fora-da-lei, e o acusado da agressão é o agente da lei.

O exame em vôo de pássaro dos pronunciamentos judiciais já revela quão longe se está de a via punitiva estancar a prática da tortura. Daí, que será relevante examinar os mecanismos preventivos que se abrem para atuação do Estado e da sociedade civil, de cujo trabalho concertado e articulado podem resultar freios às ocorrências hoje tão freqüentes, e fortalecimento aos mecanismos de obtenção de evidências e provas da prática da tortura, permitindo apresentação de denúncias, fundadas em bases mais sólidas e consistentes.

Vistos em conjunto, esses mecanismos aplicados pelo Judiciário afastam a chance de punição da tortura.

A vítima da tortura policial raramente está em posição de levar a juízo provas dos atos dos seus algozes, se não houver instituição independente que faça levar adiante investigação séria, imparcial e independente.

Mas o Judiciário, longe de exigir tal investigação, satisfaz-se em desacreditar as alegações das vítimas, por serem "suspeitos" de delitos. E deixa seguir livres, sem serem molestados, os responsáveis por sevícias e maus tratos.

---

[485] TJRJ – AC 9.376/1999 – (Ac. 04111999) – 2ª C.Cív. – Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho – J. 10.08.1999.

A hipótese central no presente trabalho, demonstrada anteriormente, é que a tortura é um crime de oportunidade e sempre foi instrumental, estando presentes relações de poder, com supremacia de forças do torturador e inferioridade física, psicológica, econômica ou jurídica do torturado, sendo praticada quando um propenso ou potencial agente identifica a presença de oportunidades favoráveis e *ausência de* vigilância sobre as condutas dos torturadores, em ambiência e situações em que agressor e vítima se encontravam sendo propensas a fricções e atritos. É a ausência de mecanismos de fortalecimento da vítima (para torná-la menos vulnerável) e de mecanismos de vigilância e monitoramento das situações propícias à prática da tortura, ou seja, a não efetivação de salvaguardas administrativas e processuais, que permite a tortura ou assegura sua impunidade. E o exame do modo como as normas penais substantivas e adjetivas vêm sendo implementadas revela que o Judiciário, o Ministério Público e os advogados ainda não se deram inteiramente conta do seu imenso papel no combate à tortura.

Não obstante riqueza conceitual a ser descoberta e revelada com o tipo penal tortura, ainda parece prevalecer entre os operadores jurídicos a concepção de tortura como anunciada como agravante da pena, por ser meio de execução do crime. A análise desse conceito, por parte da doutrina, ainda desafia melhor investigação. Não é mais aceitável manter o tipo penal tortura com a figura de meio agravante da pena, equiparado a meio insidioso ou cruel, compreensão que produziu, na jurisprudência, o entendimento de só caracterizar tortura a conduta violenta desencadeada por "sadismo imotivado". O certo é que essa visão consolidada deu margem a considerar só poder reconhecer um torturador na pessoa de um sádico, psicopata, bestial, alguém que apreciaria o sofrimento alheio por cupidez. Essa concepção ignora por inteiro a racionalidade e funcionalidade[486] da tortura policial. Não sem razão foi chamada de "tese fantástica", pelo Ministro Francisco Rezek.

[486] Em verdade, deveria ser considerada "disfuncional", considerando o que se espera como regular funcionamento do sistema de justiça e segurança. Dizer que a tortura é funcional, ou caracterizada pela funcionalidade, é tão somente para dizer que "funciona", o torturador atinge seus objetivos, obtendo a confissão ou informação, ou intimidando, quando castiga.

Outro problema grave produzido pela doutrina e consolidado pela jurisprudência, diz respeito ao inquérito policial, a partir da construção do mito do caráter meramente informativo[487] do inquérito. Esse mito chega a ser falácia, tais são os imensos e inescrutáveis poderes da polícia, todos a negar e espancar a idéia de desimportância do inquérito. Por outro lado, é esse mito que tem permitido que se considere irrelevante fazer atuar as salvaguardas, *a partir* do inquérito.

Um dos pontos mais agudos, que evidencia a pouca capacidade crítica do Judiciário e do Ministério Público, é quanto às técnicas de interrogatório e confissão. Pouco se observa que a confissão é produzida durante interrogatórios. E não se atentou para as mudanças produzidas pelos tratados internacionais de direitos humanos – e para a própria Constituição – no sentido de que o interrogatório é um ato da defesa e não da acusação. Os comentadores reconhecem o *direito ao silêncio,* inclusive o direito à informação sobre o direito ao silêncio. Mas silenciam quanto ao direito a advogado no interrogatório*,* notadamente policial. Antes, não tecem críticas ao entendimento consolidado e vigente por muitos anos, de que *o* interrogatório é ato de autoridade, não sujeito ao contraditório.[488]

Um último aspecto merece comentário. Há como que um desconhecimento quase absoluto das normas de direitos humanos incidentes sobre Direito Penal e Processo Penal. Ainda quando conhecidos os *textos* dos tratados internacionais, a jurisprudência dos órgãos internacionais de monitoramento não é conhecida. De certo modo, isso empobrece a interpretação da norma penal e processual penal e limita os horizontes de avanço, na implementação dos direitos humanos fundamentais.

---

[487] Como exemplifica o Acórdão a seguir transcrito, no trecho que interessa: "[...] o inquérito é procedimento meramente informativo, não submetido ao crivo do contraditório e no qual não se garante o exercício da ampla defesa [...]". (STF – HC 77770 – 2ª T. – Rel. Min. Néri da Silveira – DJU 03.03.2000 – p. 62).

[488] Esse entendimento foi profundamente afetado pela superveniência da Lei 10.792/2004, que alterou o CPP. Já produz mudanças de entendimento no Judiciário.

2ª PARTE. POR UMA POLÍTICA CRIMINAL DE COMBATE À TORTURA

2. CONCEITO DE POLÍTICA CRIMINAL

Se, como dito por Franz Liszt e repetido por muitos, "o direito penal é a barreira intransponível da política criminal", com isso significando o papel garantista do direito penal, não pode o jurista hoje desconhecer as contribuições das demais ciências criminais. García-Pablos sintetiza o papel dessas últimas em relação à primeira em síntese referencial:

> A Criminologia deve se incumbir de fornecer o substrato empírico do sistema, seu fundamento científico. A Política Criminal deve se incumbir de transformar a experiência criminológica em opções e estratégias concretas assumíveis pelo legislador e pelos poderes públicos. O Direito Penal deve se encarregar de converter em proposições jurídicas, gerais e obrigatórias, o saber criminológico esgrimido pela Política Criminal, com estrito respeito às garantias individuais e aos princípios jurídicos de segurança e igualdade típicos do Estado de Direito.[489]

Dizendo de outro modo e tornando claro o sentido da articulação dos saberes, Costa Andrade e Figueiredo Dias completam: "É a partir do que é que a criminologia avança juízos de dever-ser; e é a partir do que deve ser que a política criminal se propõe a transformar o que é" [490].

Concebe-se política criminal como uma estratégia para enfrentar o fenômeno da criminalidade, que, como toda política pública, integra-se com os pressupostos (criminológicos, dogmáticos e político-criminais) dos quais parte, objetivos (prevenção e repressão da criminalidade) que se pretendem alcançar e instrumentos idôneos para consegui-los.[491]

---

[489] MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 165.

[490] ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Criminologia:** o homem delinqüente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra, 1997. p. 112.

[491] FIGUEROA, Jorge Mera. **Política Criminal y Seguridad Ciudadana**. Disponível em <http://www.derecho.udp.cl>. Acesso em:02 mai. 2004.

Política criminal significa poder para definir os processos criminais dentro da sociedade, e, por meio deles, dirigir e organizar o sistema social em relação à criminalidade. Implica, portanto,

> [...] abarcar a questão criminal em toda sua extensão, isto é, que origina um sistema que vai desde a polícia, passando pelo processo judicial em seus aspectos formais e materiais, terminando na aplicação das sanções.[492]

Para a política criminal não se trata de apenas saber *como deve reagir-se*, mas também e principalmente *a que deve reagir-se*. Isto é, em vez de uma política criminal intra-sistemática, temos hoje uma política criminal trans-sistemática. É à política criminal que compete traçar os limites últimos do punível, competindo à dogmática jurídico-penal a identificação do comportamento punível dentro daqueles limites. Como dizem Manuel da Costa Andrade e Jorge Figueiredo Dias

> [...] a transcedência da política criminal em relação ao direito penal não colide de modo algum com a autonomia do discurso jurídico-penal, nem implica a sua redução ou homogeneização ao discurso da política criminal. Na medida em que a política criminal se proponha a atingir os seus fins e dar corpo aos seus valores através do direito penal, terá de o fazer respeitando os seus princípios estruturais, eles próprios igualmente aquisições civilizacionais irrenunciáveis e, por isso, também *valores políticos*.[493]

Ainda segundo García-Pablos, a política criminal

> [...] oferece aos poderes públicos as opções científicas concretas mais adequadas para o eficaz controle do crime, e serve de ponte eficaz entre o Direito Penal e a Criminologia, facilitando a recepção das investigações empíricas e sua transformação em preceitos normativos.[494]

Os poderes públicos, portanto, têm necessidade de conhecer opções científicas concretas e adequadas para o combate a o crime. E a expressão poderes públicos implica não apenas os órgãos do Poder Executivo, mas inclui o Legislativo, o Judiciário e até o Ministério Público.

---

[492] RAMÍREZ, Bustos. **Bases para uma Política Criminal**. Disponível em:<http://www.lasemanajuridica.cl/LaSemanaJuridica/753/article-5027.html>. Acesso em: 02 mai. 2004. Tradução nossa. No original: [...] abarcar la cuestión criminal en toda su extensión, es decir, que se origina un sistema que va desde la policía, pasando por el proceso judicial en sus aspectos formales y materiales y terminando en la aplicación de las sanciones.

[493] ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Criminologia:** o homem delinqüente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra, 1997. p. 105.

[494] MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia.** 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 164.

Acórdão paradigmático do papel da política criminal também para o Judiciário foi proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, vindo com a seguinte ementa:

> O Direito Penal moderno deve manter-se conectado com as razões trazidas pela política criminal geradoras dos tipos penais, sob pena de apartando-se dessas razões axiológicas, transmudar aquele em um instrumento de cunho apenas formal, em flagrante confronto com o princípio constitucional do devido processo legal substantivo. 2. Sob esses novos ares que se infiltram no Direito Penal contemporâneo, é reservada a tarefa ao intérprete de avaliar em cada situação concreta, da necessidade ou não da intervenção deste ramo do direito, sem perder o horizonte de que, as normas penais incriminadoras foram engendradas com o escopo de tutelar determinados bens jurídicos, e não apenas como instrumento de aplicação insensível distanciado dos fatos sociais a que se propôs resguardar. 3. Em face das modernas tendências de restrição da área de incidência do Direito Penal, tendo em vista que a pretensão punitiva estatal somente se justifica como asseguradora da ordem externa, não é punível a conduta do brasileiro que utiliza passaporte falso apenas para tentar livrar-se da marginalidade social e econômica a que está fadado no Brasil buscando melhores condições de vida em outro país. 4. Aplicação da pena afastada pela chamada 'descriminalização de fato'. 5. Precedentes desta Turma (entre outros: Apelação Criminal nº 96.02.31347-1, Rel. Des. Carreira Alvim – DJ 18.11.1997, pág. 98138) e do E. STJ citados. 6. Recurso conhecido e não provido[495]

O Judiciário tem tido muitas oportunidades de identificar possibilidades de construir uma política criminal consentânea com o regime democrático em um Estado de Direito, no desempenho de seu papel de garante dos direitos fundamentais. Diversos e variados pronunciamentos iluminam as situações que tem vivenciado.

A Política Criminal justifica evitar a libertação prematura em razão de periculosidade.[496] Reconhece que o legislador, algumas vezes, estabelece nova lei, em que difere da anterior por questão de política criminal, no tocante ao regime prisional[497]. Identifica que os valores decorrentes de uma confissão espontânea resultam de uma política criminal[498]; e é fator de se levar em conta, na hora de decidir pelo regime de cumprimento de pena a ser imposto[499]. Reconhece que as penas restritivas de direito constituem importante instrumento de política criminal,

---

[495] TRF 2ª R. – ACr 2422 – 2000.02.01.031544-1 – RJ – 4ª T. – Rel. Des. Fed. Rogério V. de Carvalho – DJU 03.10.2000 – p. 93.
[496] STJ – HC – 13808 – PB – 6ª T. – Rel. Min. Hamilton Carvalhido – DJU 24.09.2001 – p. 00346.
[497] STJ – RESP 206501 – MG – 6ª T. – Rel. para o Acórdão Min. Fernando Gonçalves.
[498] TJDF – APR 19990710103728 – DF – 1ª T.Crim. – Rel. Des. Natanael Caetano – DJU 08.05.2002 – p. 58.
[499] TJDF – APR 20000710150423 – 1ª T.Crim. – Rel. Des. P. A. Rosa de Farias – DJU 18.02.2002 – p. 86.

conferindo ao juiz uma indispensável margem de discricionariedade para que possa dar tratamento adequado aos casos que se lhe apresentem, reduzindo os efeitos negativos da pena e estimulando a reintegração do condenado[500]. Aponta que, algumas vezes, absolvição pode resultar de uma compreensão acerca da política criminal aplicável[501]. Ou, inversamente, a absolvição pode assemelhar-se a impróprio perdão judicial, que, se não chega a constituir autêntica apologia ao uso de entorpecente, descamba para uma nociva e condenável política criminal, convidativa, até, para eventual reincidência do agente.[502] Particularmente destaca ser papel da política criminal, a ser adotada pelo Judiciário, a busca de uma pena o mais necessária e suficiente possível à prevenção e reprovação do crime[503]. Vê possibilidades de mudanças nas políticas criminais, identificando em uma nova política criminal estímulo para substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos[504], porque em um Estado moderno, informa a política criminal dever ser homenageada a situação que mais favoreça o *status libertatis* do condenado[505]. Ou, inversamente, embora reconheça ser o regime prisional mais benéfico ao condenado um direito subjetivo seu, admite que, por recomendação de política criminal, decisão fundamentada possa impor regime prisional mais rígido[506].

Apesar de todos esses exemplos, há quem considere política criminal ser função do legislador e não do magistrado[507]. Mas essa posição é isolada, ou francamente minoritária.

---

[500] TJMG – ACr 000.210.008-9/00 – 2ª C.Crim. – Rel. Des. Guido de Andrade – J. 26.04.2001.
[501] TJRS – ACR 70003547338 – 1ª C.Crim. – Rel. Des. Marcel Esquivel Hoppe – J. 12.12.2001.
[502] TJRJ – ACr 3340/1999 – (13042000) – 8ª C.Crim. – Rel. Des. Flávio Magalhães – J. 24.02.2000.
[503] TJRS – ACR 70002666147 – 8ª C.Crim. – Rel. Des. Roque Miguel Fank – J. 05.09.2001.
[504] TJES – RVCR 100000029809 – Rel. Des. Sérgio Luiz Teixeira Gama – J. 07.11.2001.
[505] TRF 4ª R. – HC 2000.04.01.022434-8 – RS – 2ª T. – Rel. Juiz Élcio Pinheiro de Castro – DJU 10.05.2000 – p. 537.
[506] TJMT – HC 4.938/00 – Classe I – 09 – Capital – C.Esp. – Rel. Des. Mariano Alonso Ribeiro Travassos – J. 11.07.2000.
[507] TJRJ – ACr 497/1999 – (Ac. 16091999) – 2ª C.Crim.– Relª Desª Elizabeth Gregory – J. 01.06.1999.

2. PRESSUPOSTOS E PRINCÍPIOS INFORMADORES DE UMA POLÍTICA CRIMINAL EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Jorge Figueroa Mera aponta como principais bases para uma política criminal, em um Estado Democrático de Direito [508]:

a) fundamentação científica, que permita diagnósticos adequados, estabelecimento de prioridades, e orientação de investimentos, otimizando seus efeitos;
b) eficiente sistema de investigação e persecução criminal, reduzindo os índices de impunidade;
c) distinção entre criminalidade grave *e* menos grave, criando instrumentos político-criminais distintos para cada uma das categorias referidas;
   - descriminalizando o delito bagatela,
   - reservando a pena privativa da liberdade para o núcleo mais duro da criminalidade,
   - estabelecendo penas e medidas alternativas que se amoldem à gravidade dos fatos e às características dos infratores,
   - adequar a legislação às exigências dos direitos humanos,
d) aperfeiçoamento do sistema penal, prevenindo seus efeitos criminógenos;
e) regulamentação da responsabilidade penal dos adolescentes de modo separado;
f) proteção adequada das vítimas.

Resta saber agora se, não existindo, para o Brasil, uma política criminal de combate à tortura elaborada pelo Governo brasileiro, podem servir de diretrizes as *recomendações* formuladas pelo Relator Especial contra a Tortura, da ONU, as quais foram acolhidas tanto pela Comissão de Direitos Humanos da ONU, quanto pelo Comitê contra a Tortura.

---

[508] FIGUEROA, Jorge Mera. **Política Criminal y Seguridad Ciudadana**. Disponível em <http://www.derecho.udp.cl>. Acesso em: 02 mai. 2004.

Diferentemente das demais áreas sociais, em que os órgãos do Poder Executivo nas várias esferas da Federação costumam ter políticas sociais definidas, na área de combate à criminalidade e, mais especificamente, na área de enfrentamento da tortura, o Estado brasileiro não tem uma política social, nessa expressão incluída uma política criminal.

Talvez porque não tenha essa política criminal, o Brasil tem sido freqüentemente instado pelos órgãos internacionais de monitoramento a adotar medidas, visando à erradicação da tortura, à investigação e punição dos responsáveis e à reparação às vítimas.

De todos os órgãos internacionais, um produziu, no que concerne à tortura, impacto diferenciado, pelo contato com fontes primárias de informação, pela abrangência de articulação, pela profundidade de análise, e pela objetividade das conclusões e recomendações: a visita do Relator Especial contra a Tortura, da ONU.

Como referido na 1ª Parte deste trabalho, o relator especial visitou várias delegacias de polícia em vários Estados do Brasil. Em todas elas, a superlotação era o principal problema. Em todas as delegacias visitadas, os detentos eram mantidos em condições subumanas, em celas muito sujas e com forte mau cheiro, sem iluminação e ventilação apropriadas.

Em todas as carceragens de delegacias de polícia, o relator especial recebeu testemunhos dos detentos, dando conta de espancamentos com pedaços ou barras de ferro e de madeira e a prática do chamado "telefone", particularmente durante sessões de interrogatório, com a finalidade de se extraírem confissões, após tentativas de fuga ou rebeliões ou com o propósito de manter a calma e a ordem.

As condições de trabalho do pessoal policial foram identificadas como deploráveis. Instalações sem higiene e conforto e sem instrumentos e recursos necessários à realização eficiente do trabalho de investigação.

Uma constatação comum foi o fato de que não existia nenhum livro de registro padrão no qual todas as informações relativas a um determinado caso pudessem ser registradas, particularmente quando uma pessoa é levada à delegacia e solta ou transferida para outro estabelecimento.

Em visitas a penitenciárias, o problema da superlotação era constante, sendo reconhecido como o mais difícil que a instituição teria de enfrentar. Ainda, havia o problema do efetivo reduzido de agentes penitenciários, o que fazia que se recorresse com freqüência a efetivos da polícia militar para assegurar a ordem e a segurança da penitenciária.

A falta de pessoal produzia uma ilegal restrição ao direito dos presos para saírem de suas celas por pelo menos algumas horas por dia.

Ao final de sua visita a dezenas de delegacias e a várias penitenciárias, reveladora foi a conclusão a que chegou o relator especial:

> A tortura e maus tratos semelhantes são difundidos de modo generalizado e sistemático na maioria das localidades visitadas pelo Relator Especial no país e [...] na maioria das demais partes do País também. A prática da tortura pode ser encontrada em todas as fases de detenção: prisão, detenção preliminar, outras formas de prisão provisória, bem como em penitenciárias e instituições destinadas a menores infratores. Ela não acontece com todos ou em todos os lugares; acontece, principalmente, com os criminosos comuns, pobres e negros que se envolvem em crimes de menor gravidade ou na distribuição de drogas em pequena escala. E acontece nas delegacias de polícia e nas instituições prisionais pelas quais passam esses tipos de transgressores. Os propósitos variam desde a obtenção de informação e confissões até a lubrificação de sistemas de extorsão financeira. [509]

O relatório não parou nas críticas, em razão das graves violações encontradas. Foi além e formulou recomendações.

---

[509] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direitos Humanos. **Relatório sobre a tortura no Brasil.** E/CN. 4/2001/66/Add. 2. Disponível em: <http://www.rndh.gov.br/>. Acesso em: 8 jan. 2005. Parágrafo 166.

3. RECOMENDAÇÕES DO RELATOR ESPECIAL: ORGANIZAÇÃO TEMÁTICA

Após as análises preliminares e a narrativa das violações constatadas, o relator especial formulou conclusões e 30 recomendações[510]. Em grandes linhas, as 30 recomendações abordam os atores sociais que operam no sistema justiça e segurança, nomeadamente as polícias (civil e militar), os advogados, o Ministério Público, os juízes e os que atuam no sistema penitenciário.

Aspectos administrativos e processuais são mencionados em recomendações que se referem a mecanismos de monitoramento, realização de visitas a presos e presídios, prova das alegações de tortura, papel dos médicos legistas e mecanismos de proteção a testemunhas.

As recomendações podem ser agrupadas sob os seguintes temas: polícia; advogados e defensores; ministério público; juízes; prisões; monitoramento; visitas; investigações; prova e perícia médico-legal; proteção a vítimas e testemunhas; outros temas.

Duas recomendações dirigem-se às polícias civil e militar, as de número 19 e 20. Pretendem a transformação de delegacias em serviços ao público ("delegacias legais") e a unificação das polícias. É objeto de recomendação, igualmente, o fim do foro militar para homicídio, lesões corporais e tortura. Têm vinculação com o tema as propostas 2, 6, 7, 13. Podem ser consideradas de caráter preventivo e punitivo e envolvem medidas no âmbito legislativo e administrativo.

---

[510] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direitos Humanos. **Relatório sobre a tortura no Brasil.** E/CN. 4/2001/66/Add. 2. Disponível em: <http://www.rndh.gov.br/>. Acesso em: 8 jan. 2005. Parágrafo 169. Recomendações de 1 a 30.

As recomendações que abordam diretamente a participação do advogado na prevenção e combate à tortura são as de número 5, 8 e 17 e tratam da confissão só em juízo, ou com advogado; da necessidade de gravar depoimento; do direito a advogado e à informação sobre direitos; do direito a advogado de defesa desde a prisão. Relacionam-se a essas as recomendações de número 2, 5, 8, 9, 17, 21, 22, e 24. Podem ser consideradas de caráter preventivo e exigem medidas no âmbito administrativo, judicial e legislativo.

Três são as recomendações que tratam diretamente do Ministério Público: as de número 12, 13 e 16, versando sobre investigação por órgão independente; recomendação aos promotores para classificarem as violências como tortura; capacitação especial de promotores, para atuação em grupo; adoção de política institucional que postule pena grave só para crime grave. Referem-se indiretamente ao Mistério Público as recomendações de números 3, 10, 11, 15, 18, 19, 21, 22 e 23. As recomendações são de caráter preventivo e punitivo, exigem medidas nos âmbitos administrativo, judicial e legislativo.

O perito das Nações Unidas foi contundente com o papel que os magistrados vêm exercendo, em relação ao desrespeito aos direitos humanos em geral e, mais especificamente, na luta contra a tortura. Para ele,

> [...] o sistema judicial como um todo tem sido culpado por sua ineficiência, em particular por sua morosidade, falta de independência, corrupção e por problemas relacionados à falta de recursos e de pessoal qualificado, além da prática generalizada de impunidade para os poderosos.[511]

Também cita o que pode ser considerada visão emblemática que membros do Judiciário têm do uso excessivo e abusivo da força, por parte da polícia. Diz o relator que

> De acordo com promotores públicos que haviam trabalhado com casos de tortura, após ouvir depoimentos tanto da suposta vítima quanto dos oficiais encarregados da execução da lei, os juízes muitas vezes agem in dubio pro reo e aceitam as afirmações deste último no sentido de que eles "não haviam espancado um detento, mas apenas dado um tapa nele. [512]

[511] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direitos Humanos. **Relatório sobre a tortura no Brasil.** E/CN. 4/2001/66/Add. 2. Disponível em: <http://www.rndh.gov.br/>. Acesso em: 8 jan. 2005.

[512] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direitos Humanos. **Relatório sobre a tortura no Brasil.** E/CN. 4/2001/66/Add. 2. Disponível em: <http://www.rndh.gov.br/>. Acesso em: 8 jan. 2005. Parágrafo 154.

Três recomendações são dirigidas diretamente aos juízes, as de números 14, 15 e 16, que fazem referência ao papel de juiz investigador, à necessidade de sensibilizar o Judiciário para a temática de direitos humanos e para a aplicação de penas alternativas à prisão, além de reservarem pena grave só para crime grave. Essas recomendações se relacionam ainda com as recomendações de número 3, 10, 21, 22, 23, 24. São de caráter preventivo e punitivo. Exigem medidas de âmbito administrativo, judicial e legislativo.

O tema prisão foi dos que mais atenção chamou para o relator especial. Nada menos que dez das trinta recomendações se dirigem diretamente a esse tema. São as recomendações de números 2, 3, 4, 6, 7, 15, 16, 17, 18, e 23: fim de abuso de poder da polícia prender; manutenção de presos só em unidade prisional; acesso dos presos a visitas; registro de custódia; prisão nunca em delegacia; sensibilizar o Judiciário para a temática de direitos humanos e aplicação de penas alternativas à prisão; aplicação de pena grave só para crime grave; abolir o crime de desacato; direito a advogado de defesa desde a prisão; fortalecer conselhos penitenciário, comunitário e de direitos humanos, conferindo-lhes poder de coleta de provas; por fim extinguir a superlotação de prisões, exercendo clemência e aplicando penas alternativas.

A essas recomendações, vinculam-se as de números 5, 8, 10, 11, 13, 19, 20, 21, 22, 24. A grande maioria das recomendações se reveste de caráter preventivo, havendo uma de caráter punitivo. Exigem medidas nos âmbitos administrativo, judicial e legislativo.

Confirmando a ênfase das recomendações em medidas de caráter preventivo, há várias dirigidas ao fortalecimento de mecanismos de monitoramento das situações de risco, em que é previsível a ocorrência da prática da tortura. As recomendações são as de números 18, 24, 28 e 29, ou seja, fortalecer conselhos penitenciário, comunitário e de direitos humanos, conferindo-lhes poder de coleta de provas; monitoramento externo para unidades de internação de menores; aceitação do direito de petição individual ao Comitê contra a Tortura (CAT); e convite à Relatora

Especial da ONU para Execuções Extrajudiciais e Sumárias. Vinculam-se a essas as recomendações de número 3, 4, 5, 6, 7, 10, 11, 13, 15, 17, 21, e 23. As recomendações são de caráter eminentemente preventivo e exigem medidas nos âmbitos administrativo, legislativo e judicial.

Embora sejam consideradas forma de monitoramento, como sua ênfase maior é sobre o direito dos presos a visitas de amigos e familiares, e o constrangimento que esses geralmente enfrentam, preferimos tratar de modo destacado a relevância que o relator especial conferiu à matéria.

Visitas a presos e prisões vêm tratadas nas recomendações 1 e 4, esta assegurando acesso dos presos a visitas, e aquela exigindo uma declaração antitortura por parte das autoridades, e visitas-surpresas, por lideranças políticas. Relacionam-se com o tema as recomendações de números 18 e 24. São recomendações de caráter preventivo, exigindo medidas no âmbito administrativo.

O tema de investigação de alegações de tortura foi objeto de três recomendações, as de número 10, 18 e 25, no sentido de que uma alegação de tortura deve ser investigada, sendo de se determinar a suspensão do suspeito, e examinando-se o padrão de conduta dele; fortalecer conselhos penitenciário, comunitário e de direitos humanos, conferindo-lhes poder de coleta de provas; e capacitação básica dos operadores do sistema justiça e segurança, em direitos humanos e técnicas científicas de investigação. A temática mereceu grande atenção do relator especial, notadamente em recomendações que fazem referência à investigação, sendo de mencionar as de número 2, 3, 4, 6, 7, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 21, 22, 23, e 24. A grande maioria das recomendações reveste-se de caráter preventivo, mas há uma de caráter punitivo. Medidas exigidas são no âmbito judicial e administrativo.

Estreitamente ligada à investigação é a temática da *prova.* Duas recomendações trataram destacadamente desse assunto, as recomendações 8 (confissão só em juízo, ou com advogado, e gravação do depoimento) e 9 (reversão ônus da prova, quando alegada obtenção de confissão, mediante tortura). As recomendações de números 2, 5, 17, 21 e 22 também guardam relação com a prova. As

recomendações revestem-se de caráter preventivo e punitivo, e exigem adoção de medidas nos âmbitos administrativo, judicial e legislativo.

O papel do profissional médico legista foi abordado nas recomendações 21 e 22, aquela apontando a necessidade de uma pessoa presa ou detida ser vista por um médico, com realização de exame no início e no fim da detenção; esta evidenciando a necessidade de os institutos de medicina forense estarem sob autoridade judicial ou outra independente da polícia e, ainda assim, sem monopólio na produção de laudos. A essas duas recomendações vinculam-se as de números 2, 5, 6, 9, 10, 13, 15, e 24. São recomendações de caráter preventivo, exigindo medidas nos âmbitos administrativo, legislativo e judicial.

Em face da relevância do tema, embora tenha sido objeto de apenas uma recomendação – a de número 11 – decidimos por estabelecer destaque para a que se dirige à proteção de testemunhas e vítimas. A recomendação vincula-se ainda às recomendações 10, 13 e 18 e reveste-se de caráter punitivo. Medidas nos âmbitos administrativo e legislativo são requeridas.

Há mais quatro recomendações, que não incidem nas categorias descritas anteriormente. A Recomendação 1, que aponta a necessidade de declaração contra a tortura e visitas a prisões por lideranças políticas; a de número 25, que trata da capacitação básica dos operadores do sistema justiça e segurança em direitos humanos e técnicas científicas de investigação. Há, ainda, a de número 26, que diz respeito à federalização dos crimes contra direitos humanos, e a de número 27, que aponta a necessidade de financiamento federal para implementação das recomendações. Todas essas se revestem de caráter preventivo e exigem medidas no âmbito administrativo.

Por fim, a Recomendação 30, dirigida à própria ONU, para que o Fundo das Nações Unidas para Vítimas de Torturas atenda solicitação de assistência para necessidades médicas de pessoas torturadas. É recomendação que se destina fundamentalmente a medida de reparação.

Feitas essas considerações iniciais, as recomendações serão examinadas individualmente.

A análise da autoridade do relator especial para formular tais recomendações; o grau de obrigatoriedade ou o caráter vinculante delas; sua natureza jurídica; e se as recomendações constituem sugestões para um código de conduta ou têm a consistência de diretrizes para uma política nacional de combate à tortura, serão examinadas no momento em que cada uma das recomendações estiver em apreciação do seu conteúdo, para identificar se sugerem ou indicam salvaguardas; se prescrevem comportamentos para os vários atores sociais do sistema de justiça e segurança; se se revestem de caráter preventivo, repressivo ou restaurativo (reparatório); como se situam quanto a prioridades de medidas identificadas por outros órgãos ou entidades internacionais, com atuação sobre o tema.

A autoridade do relator servirá para identificar em nome de quem diz o que diz e qual a base jurídica de sua atuação.

O grau de obrigatoriedade ou caráter vinculante será examinado, a partir da identificação de as recomendações constituírem opiniões, produzidas pelo titular da relatoria contra a tortura, no exercício de seu mandato, ou se instrumentalizariam e sistematizariam entendimento consolidado de órgãos de monitoramento da ONU (tais como o Comitê de Direitos Humanos e o Comitê contra a Tortura) e da OEA (Comissão Interamericana de Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos), expresso em comentários gerais, ou manifestados em casos individuais e recomendações gerais (em exames de relatórios periódicos dos Estados).

A natureza jurídica apontará se as recomendações são meras *soft law* ou já ganharam aceitação e consistência de *hard law*.

Estas reflexões preliminares ajudarão a entender se as recomendações podem ser consideradas como um código de conduta desejável ou ganharão a consistência de diretrizes para uma política criminal de combate à tortura.

Cumpre, ao momento, reconhecer que o governo brasileiro compareceu à Comissão de Direitos Humanos da ONU, em Genebra e apresentou sua resposta. Apontou alguns avanços normativos, mas reconheceu que

> No plano concreto, porém, a aplicação da lei pelos poderes competentes não tem sido satisfatória. Em muitos casos posteriores a 1997, alegações de prática de tortura não têm tido seguimento através de processos penais, seja pela ausência de denúncia do Ministério Público, seja pelo redirecionamento da denúncia para crimes menos graves como lesões corporais ou abuso de autoridade, por parte de juízes.[513]

Um comentário preocupante foi no sentido de que

> Há, de modo geral, um problema de falta de percepção da tortura como um crime grave contra o Estado Democrático de Direito, talvez porque o fenômeno atinja quase exclusivamente as camadas menos favorecidas da sociedade. Esse quadro exige não apenas uma ação decidida de conscientização e de mudança de mentalidades no seio da sociedade brasileira, mas requer também a sensibilização dos operadores do direito para essa questão, de modo a criar uma jurisprudência de aplicação da Lei da Tortura[514].

Esse comentário apontava para a existência de racismo na questão da tortura no Brasil.

Adiantou o Governo que,

> [...] estará lançando, a partir de maio vindouro, campanha nacional contra a tortura, a ser divulgada por canais de televisão, estações de rádio, jornais e revistas. Através de filmes, anúncios e cartazes, espera-se mobilizar os três níveis da administração pública, o Legislativo, o Judiciário, o Ministério Público, os demais operadores do direito e um amplo espectro de organizações da sociedade civil num pacto nacional contra a tortura.[515]

---

[513]BRASIL. Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados. **VI Conferência nacional de Direitos Humanos.** Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/textos/VI%20Conf.htm>.Acesso em: 02 mai. 2004.

[514] BRASIL. Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados. **VI Conferência nacional de Direitos Humanos.** Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/textos/VI%20Conf.htm>.Acesso em: 02 mai. 2004.

[515] BRASIL. Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados. **VI Conferência nacional de Direitos Humanos.** Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/textos/VI%20Conf.htm>.Acesso em: 02 mai. 2004.

Ao lado da campanha na mídia, haveria a inauguração de uma central de denúncias, operada pelo Movimento Nacional de Direitos Humanos, entidade não-governamental com a qual a Secretaria de Estado dos Direitos Humanos assinaria convênio de cooperação.

Isso, de fato, se deu, e o Disque Denúncia, lançado em novembro de 2001, recebeu mais de 20.000 ligações, sendo que foram comunicados mais de 1.500 casos de tortura.

O Governo Federal anunciou que estaria também prevista, no âmbito da campanha nacional contra a tortura, a realização, no transcurso de 2001, de quatro cursos regionais de capacitação de operadores do direito, em datas e locais ainda a serem definidos. Uma versão em português – adaptada ao ordenamento jurídico brasileiro e à arquitetura internacional dos direitos humanos – do *Torture Reporting Handbook* da Universidade de Essex, Reino Unido, faria parte do material a ser utilizado nos cursos de capacitação.

Houve a tradução para o português desse manual. Por mobilização da sociedade civil, com algum apoio oficial, algumas oficinas de trabalho se realizaram, objetivando a capacitação e treinamento dos operadores jurídicos.

Quanto às políticas destinadas a aliviar a superlotação e a melhorar as condições materiais dos estabelecimentos prisionais, não foram introduzidas. A situação, ao contrário, só fez piorar.

Disse o Governo que estaria examinando de forma atenta e pormenorizada o informe do relator especial, o qual, “embora severo”, representava

> [...] uma ferramenta útil que servirá de orientação para a discussão, adoção e implementação de políticas públicas no campo da promoção e proteção dos direitos humanos, especialmente no que tange ao combate à tortura.[516]

É de se registrar, portanto, que o Governo Federal admitiu servirem as recomendações como diretrizes para uma política criminal de combate à tortura.

[516] BRASIL. **Comentários do Governo brasileiro ao informe do Relator Especial sobre a Tortura da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, Sir Nigel Rodley (documento E/CN.4/2001/66/Add .2).** Disponível em: <http://www.rndh.gov.br/tortura/coment%C3%A1rios.htm>. Acesso em: 02 maio 2004. Parágrafo 14.

4. Recomendações do Relator contra a Tortura à luz da Teoria das Oportunidades para Prática de delito.

As recomendações do Relator contra a Tortura serão analisadas à luz da Teoria das Oportunidades para a Prática do Delito e serão abordadas a partir da classificação em cada um dos quatro pilares principais em que são assentados os objetivos: aumento da dificuldade para a prática do delito; aumento do risco de punição; redução da recompensa decorrente da prática do delito; e remoção de desculpas.

Antes de iniciar a classificação, uma breve nota, relembrando os princípios e propósitos defendidos pela Teoria das Oportunidades para a Prática de Delitos.

Marcus Felson e Ronald Clarke, em seu estudo "A Ocasião faz o Ladrão" [517] articulam Dez Princípios sobre Oportunidade e Crime. São eles: 1. As oportunidades cumprem um papel na prática de todo crime; 2. Oportunidades para os crimes são altamente específicas; 3. As oportunidades para prática de delitos são concentradas no tempo e no espaço; 4. Oportunidades para prática de delitos dependem dos movimentos do cotidiano; 5. Um crime produz oportunidade para que outro crime ocorra; 6. Alguns "produtos" oferecem oportunidades mais tentadoras para o crime; 7. Mudanças sociais e tecnológicas produzem novas oportunidades para crimes; 8. Oportunidades para prática de delitos podem ser reduzidas; 9. Reduzir as oportunidades ordinariamente não desloca o crime; 10. Redução de oportunidades focalizadas pode produzir maior declínio em crimes.[518]

No aumento da dificuldade para a prática de um crime também está incluído o aumento da percepção da dificuldade para a prática de um crime, e exemplos

---

[517] FELSON, Marcus; CLARKE, Ronald V. **Opportunity Makes the Thief**: practical theory for crime prevention. Police Research Series. Paper 98. London: Home Office, 1995.

[518] FELSON, Marcus; CLARKE, Ronald V. **Opportunity Makes the Thief**: practical theory for crime prevention. Police Research Series. Paper 98. London: Home Office, 1995. p. 9. No original: 1. Opportunities play a role in causing all crime; 2. Crime opportunities are highly specific; 3. Crime opportunities are concentrated in time and space; 4. Crime opportunities depend on everyday movements; 5. One crime produces opportunities for another; 6. Some products offer more tempting crime opportunities; 7. Social and technological changes produce new crime opportunities; 8. Opportunities for crime can be reduced; 9. Reducing opportunities does not usually displace crime; 10. Focussed opportunity reduction can produce wider declines in crime.

práticos seriam fortalecer os alvos, controlar o acesso aos mesmos, desviar os agressores dos alvos e controlar os facilitadores do crime.

Aumentar os riscos (de punição e responsabilização) decorrentes da prática do crime significa monitorar entradas e saídas, realizar vigilância formal, vigilância por empregados, vigilância natural.

Reduzir as recompensas do crime pode significar retirar os alvos, identificar a propriedade [do bem], reduzir a tentação e negar os benefícios.

Remover desculpas para a prática do crime pode ser materializado pela definição de regras, conscientização, controle dos desinibidores, auxílio à observância.[519]

As Recomendações do Relator Especial Contra a Tortura podem ser, então, assim classificadas:

As que objetivam ou resultam em aumento de dificuldade para a prática do crime: R2 Cessar abuso prisão; R3 Só 24 h nas delegacias; R5 Informação sobre direitos do preso; R6 Registro detalhado da custódia; R7 Prisão provisória não em delegacia; R11 Proteção a vítimas e testemunhas; R15 Penas alternativas à prisão; R16 Penas menores; R17 Defensores públicos desde momento da prisão; R18 Visitas regulares de conselhos ao sistema prisional; R21 Exame por um médico; R22 Independência da perícia médica; R23 Redução da superpopulação carcerária.

As que objetivam ou resultam em aumento do risco para a prática do crime (aumento do risco de punição e responsabilização, ou fatos ou eventos custosos e danosos): R1 Visitas surpresa, suspensão funções; R4 Acesso dos familiares; R8 Gravação da confissão em video; R9 Alegação de tortura: inversão ônus prova; R10

---

[519] Increase the perceived effort of crime: 1. Harden targets 2. Control access to targets; 3. Deflect offenders from targets; 4. Control crime facilitators. Increase the perceived risks of crime: 5. Screen entrances and exits; 6. Formal surveillance; 7. Surveillance by employees; 8. Natural surveillance. Reduce the anticipated rewards of crime: 9. Remove targets; 10. Identify property; 11. Reduce temptation; 12. Deny benefits. Remove excuses for crime: 13. Set rules; 14. Alert conscience; 15. Control disinhibitors; 16. Assist compliance. Source: CLARKE, Ronald. V. (Ed.). **Situational Crime Prevention:** Successful Case Studies. 2 ed. Albany (NY): Harrow & Heston, 1997. Apud FELSON, Marcus; CLARKE, Ronald V. **Opportunity Makes the Thief**: practical theory for crime prevention. Police Research Series. Paper 98. London: Home Office, 1995. p. 25.

Investigação prontamente, exame padrão conduta; R12 Denunciar por tortura; R13 Investigação por órgão independente; R14 Juiz de Instrução; R15 Judiciário monitorando condições prisionais; R19 Unificação das polícias; R21 Independência do servidor-médico; R22 Independência da perícia médico-legal; R24 Monitoramento externo do sistema; R26 Federalização dos crimes contra direitos humanos; R28 Direito de petição individual ao Comitê Contra a Tortura CAT; R29 Convite ao Rel. Esp. Para Exec. Sumária.

As que objetivam ou resultam em redução recompensa: R1 Afeta promoção na carreira; R8 Confissão só com advogado (gravação em vídeo); R9 Alegação de tortura: inversão ônus; R10 Suspensão das funções dos envolvidos;

As que objetivam ou resultam em remoção desculpas: R1 Declaração contra a tortura pelos altos escalões; R16 Descriminalização do desacato; R19 Unificação das polícias; R20 Delegacias: serviço ao público; R23 Redução superpopulação carcerária; R25 Capacitação e treinamento servidores; R27 Financiamento federal para adequar sistema; R30 Fundo Voluntário da ONU para vítimas convidado a assistir o Governo brasileiro.

Tabela esquemática com as recomendações, agrupadas quanto aos objetivos, meio para realização e programa ou salvaguarda contido na Recomendação pode ser assim montada:

Objetivo	**Meio**	**Programa de Salvaguarda ou recomendação**
aumento da percepção da dificuldade para a prática de um crime	fortalecer os alvos	Pronta apresentação do preso ao juiz Direito ao silêncio Direito a advogado Comunicação com a família Exame por um médico
	controlar o acesso aos mesmos	Prisão em rua, condução à delegacia Prisão em delegacia por 24h Exame médico no início e fim da prisão

	[evitando ou mitigando efeitos resultantes de confrontos, ou de relacionamentos responsáveis por promover fricções]	Advogado desde a prisão (e nos interrogatórios) Informação aos detidos sobre seus direitos
	desviar os agressores dos alvos	Valorizar outros meios de prova
	controlar os facilitadores do crime	Visita regular de juízes e promotores a delegacias e centros de detenção Visitas de familiares e outras organizações
Aumentar os riscos decorrentes do crime	monitorar entradas e saídas	Registro formal das prisões e detenções Registro dos exames médicos Registro das visitas de juízes e promotores
	vigilância formal	Visita regular de juízes e promotores a delegacias e centros de detenção Investigação pronta e imparcial por órgão independente
	vigilância por empregados	Visitas de familiares e outras organizações
	vigilância natural	Arquitetura de delegacias e prisões que permita maior transparência
Reduzir as recompensas do crime	retirar os alvos	Receber o preso das mãos da PM Pronta apresentação a juiz Custodiar o preso em delegacia por até 24hs Transferir preso para cadeia pública Suprimir as celas de isolamento
	identificar a propriedade [do bem]	Registro do preso, responsável pela prisão, realização de exames, etc.

		Registro de procedimento disciplinar contra preso
	reduzir a tentação	Possibilidade de realização de investigação pronta e imparcial por órgão independente Possibilidade de afastamento das funções Riscos para promoção na carreira
	negar os benefícios	Desconsideração de confissão obtida mediante coação ou tortura Possibilidade de afastamento das funções Riscos para promoção na carreira
Remover desculpas para a prática do crime	definição de regras	Regras para o uso da força pela polícia, e uso de armas de fogo Regras para trânsito e entrega do preso à autoridade policial Regras para informação de direitos e apresentação ao juiz Regras para interrogatório Regras para custódia e tratamento de presos Regras para disciplinamento de presos
	conscientização	Treinamento e capacitação Cartazes anunciando direitos dos presos e proibição de maus tratos
	controle dos desinibidores	Responsabilização das cadeias de comando por atos de subordinados Reconstrução da cultura de respeito aos direitos humanos
	auxílio à observância	Premiar os ambientes livres de coação e maus tratos

Por outro lado, comparando as Recomendações do Relator Especial Contra a Tortura a recomendações e observações de outros organismos internacionais de

monitoramento, governamentais ou não-governamentais, podemos construir o seguinte quadro, do qual se extrairão as conclusões adiante apontadas:

Quadro de correspondência das recomendações gerais

Recomendações do Relator ao Brasil	**Recomendações Gerais do Relator contra a tortura**	**Recomendações da Anistia Internacional**	**Recomendações da OSCE**	**Recomendações do CPT**	**Recomendações do CAT[520]**
R1	S [521]	S	S	S	
R2		S	S	S	S
R3	S	S	S	S	S
R4	S	S	S	S	
R5	S	S	S	S	
R6	S	S	S	S	
R7	S			S	
R8	S	S	S	S	S
R9	S	S			
R10	S	S		S	S
R11	S				
R12		S	S		S
R13	S		S	S	S
R14	S	S	S		
R15		S		S	S
R16		S			
R17	S	S	S	S	S
R18		S	S		S
R19					
R20					
R21	S	S	S	S	
R22	S		S		
R23	S	S	S		S
R24	S	S	S	S	S
R25	S		S		
R26					
R27					
R28		S	S		
R29					
R30					

[520] Em verdade, o CAT Comitê Contra a Tortura incorporou como suas **todas** as 30 Recomendações do Relator Especial, feitas ao Brasil. Entretanto, reforçou, particularmente, alguns aspectos específicos, os quais são tratados na presente tabela.

[521] S é de SIM, significando que a medida indicada pelo Relator da ONU é também recomendada pelo organismo ou instituição indicado.

Desse quadro, é possível perceber que são comuns aos seis órgãos internacionais de monitoramento as Recomendações 3, 8, 17 e 24, que tratam, respectivamente, de permanência de pessoa detida em delegacia só nas primeiras 24 horas; obrigatoriedade de gravação da confissão em vídeo; necessidade de presença de advogado desde o momento da prisão; realização de monitoramento externo do sistema de encarceramento.

Ainda, revelam grande acolhida, porque comuns a pelo menos cinco entidades internacionais, as Recomendações 1, 2, 4, 5, 6, 10, 21, 23, que requerem declaração pública contra a tortura pelas autoridades, com visitas surpresa a lugares de detenção, e suspensão funções, dos suspeitos de prática de tortura; cessação do abuso de prisão; acesso dos familiares ao preso; informação aos presos sobre seus direitos; realização de investigação pronta e eficaz, examinando padrão conduta; garantia de independência da perícia; redução da superpopulação carcerária.

Por outro lado, apenas seis recomendações feitas pelo Relator Especial não encontram correspondência em alguma recomendação de outra entidade internacional. A explicação é fácil. Decorrem da especificidade do quadro encontrado no Brasil pelo Relator da ONU. São elas as recomendações 19, 20, 26, 27, 29 e 30, que dizem respeito à unificação das polícias; previsão de delegacias com serviço ao público; federalização das violações aos direitos humanos; financiamento federal para adequar o sistema; convite à Relatora da ONU para Execuções Sumárias e convite ao Fundo Voluntário da ONU para Vítimas para assistir o Brasil.

O quadro revela alguns outros dados interessantes, 18 das 30 Recomendações feitas pelo Relator Contra a Tortura ao Brasil são recomendações gerais do Relator Contra a Tortura, feita à generalidade dos Estados visitados.

Há em comum com a Anistia 19 das 30 Recomendações. O Comitê Europeu Contra a Tortura – CPT tem 14 recomendações em comum. O Comitê Contra a Tortura, da ONU CAT, embora tivesse apoiado todas as 30 recomendações, fez reiteração específica a 11 dos 30 temas versados. Finalmente, a Organização para a

Segurança e Cooperação na Europa OSCE apresentou 18 recomendações comuns com o Relator da ONU.

A consistência das Recomendações e o apoio generalizado de que gozam as medidas propostas, evidenciam servirem de norte e diretrizes para política criminal de combate à tortura.

5. RECOMENDAÇÕES COMO DIRETRIZES: TEORIA E PRÁTICA NO COMBATE À TORTURA

Se, como ensina Bustos Ramirez, "la política criminal significa siempre poder para definir los procesos criminales dentro de la sociedad y por ello mismo dirigir y organizar el sistema social en relación a la cuestión criminal", pelo que " implica abarcar la cuestión criminal en toda su extensión, es decir, que se origina un sistema que va desde la policía, pasando por el proceso judicial en sus aspectos formales y materiales y terminando en la aplicación de las sanciones", e, portanto, "no sólo entonces es necesaria la modificación de las leyes correspondientes, sino también las instituciones respectivas y sobre todo elegir y capacitar los operadores"[522], é possível afirmar que o relatório de Sir Nigel Rodley contém diretrizes para uma política criminal de combate à tortura.

Com efeito, o relatório examina os aspectos criminológicos da tortura – quem é vítima, quem é agressor, em que contexto a tortura acontece. Identifica a legislação existente, não apenas a que criminaliza a tortura, mas a que disciplina o funcionamento dos atores do sistema justiça e segurança e de todas as instituições envolvidas com a prevenção e repressão à conduta. Observa, em seu funcionamento, o que guarda e o que não guarda compatibilidade com as obrigações internacionais assumidas pelo Estado brasileiro. E formula proposições concretas, que podem vir a ser adotadas pelo Estado, no sentido de assegurar a efetiva implementação das suas obrigações internacionais. Sem sombra de dúvida, as recomendações são diretrizes para uma política criminal de combate à tortura.

Aliás, o próprio Governo Federal admitiu que o relatório representava "uma ferramenta útil que servirá de orientação para a discussão, adoção e implementação de políticas públicas no campo da promoção e proteção dos direitos humanos, especialmente no que tange ao combate à tortura".[523]

---

[522] RAMÍREZ, Juan Bustos. **Bases para una Política Criminal.** Disponível em: <http://www.lasemanajuridica.cl/LaSemanaJuridica/753/article-5027.html>. Acesso em: 02 mai. 2004.

[523] BRASIL. **Comentários do Governo brasileiro ao informe do Relator Especial sobre a Tortura da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, Sir Nigel Rodley (documento E/CN.4/ 2001/66/Add. 2).** Disponível em: <http://www.rndh.gov.br/tortura/coment%C3%A1rios.htm>.Acesso em: 02 maio 2004. parágrafo 14.

6. AUMENTAR A DIFICULDADE PARA A PRÁTICA DE UM CRIME

Aplicando a metodologia oferecida pelas Teorias da Oportunidade para a Prática do Delito para a problemática do crime de tortura, foi possível classificar as 30 Recomendações do Relator Especial Contra a Tortura de acordo com os 4 objetivos básicos perseguidos por uma política criminal: 1. Aumentar a dificuldade para a prática do crime; 2. Aumentar os riscos decorrentes do crime; 3. Reduzir as recompensas do crime; e 4. Remover as desculpar para a prática do crime.

As Recomendações que melhor se enquadram na concepção de atenderem ao propósito de aumentarem a dificuldade para a prática do crime são:

Recomendação 2 - Cessar abuso prisão; Recomendação 3 - Só 24 hs nas delegacias; Recomendação 5 - Informação sobre direitos do preso; Recomendação 6 - Registro detalhado da custódia; Recomendação 7 - Prisão provisória não em delegacia; Recomendação 11 - Proteção a vítimas e testemunhas; Recomendação 15 Penas alternativas à prisão; Recomendação 16 - Penas menores; Recomendação 17 - Defensores públicos desde momento da prisão; Recomendação 18 - Visitas regulares de conselhos ao sistema prisional; Recomendação 21 - Exame por um médico; Recomendação 22 - Independência da perícia médica; Recomendação 23 - Redução da superpopulação carcerária.

6.1 Recomendação 2. O abuso, por parte da polícia, do poder de prisão de qualquer suspeito sem ordem judicial em caso de flagrante delito deveria ser cessado imediatamente.

Como fazer cessar esse abuso, que é praticado contra despossuídos, sem acesso à informação, sem relações sociais que os protejam, sem acesso a advogado?

O perito da ONU concluiu que

> Conforme constatado pelo Relator Especial em vários países, existe uma inquietação pública generalizada acerca do nível de criminalidade comum, o que gera um senso de insegurança pública amplamente difundido que, por sua vez, resulta em demandas por uma reação oficial draconiana, às vezes sem restrição legal.[524]

É certo, a Constituição afirma uma série de garantias para as pessoas presas ou detidas. Mas quem faz valer a Constituição? A comunicação da prisão à autoridade judicial só costuma ser feita muitas horas – e mesmo dias – após, sem controle algum pelo Judiciário ou pelo Ministério Público. A comunicação à família é menos controlada ainda. Há o direito de ser assistido por advogado. Mas esse, um direito básico, essencial, é visto pelo Supremo Tribunal Federal sem essa importância toda. Acórdão proferido pelo Ministro Celso de Mello é exemplificativo de como é preciso mudar parâmetros de interpretação, para mudar a visão de direitos humanos abraçada pela Suprema Corte:

> A investigação policial – que tem no inquérito o instrumento de sua concretização – não se processa, em função de sua própria natureza, sob o crivo do contraditório, eis que é somente em juízo que se torna plenamente exigível o dever de observância ao postulado da bilateralidade e da instrução criminal contraditória. A inaplicabilidade da garantia do contraditório ao procedimento de investigação policial tem sido reconhecida tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência dos Tribunais (RT 522/396), cujo magistério tem acentuado que a garantia da ampla defesa traduz elemento essencial e exclusivo da persecução penal em juízo.
>
> A nova Constituição do Brasil não impõe à autoridade policial o dever de nomear defensor técnico ao indiciado, especialmente quando da realização de seu interrogatório na fase inquisitiva do procedimento de investigação. **A Lei fundamental da República simplesmente assegurou ao indiciado a possibilidade de fazer-se assistir, especialmente quando preso, por defensor técnico.** A Constituição não determinou, em conseqüência, que a Autoridade Policial providenciasse assistência profissional, ministrada por advogado legalmente habilitado, ao indiciado preso. Nada justifica a assertiva de que a realização de interrogatório policial, sem que ao ato esteja presente o defensor técnico do indiciado, caracterize comportamento ilícito do órgão incumbido, na fase pré-processual, da persecução e da investigação penais. **A confissão policial feita por indiciado desassistido de defensor não ostenta, por si mesma, natureza ilícita**[525]. (grifo nosso)

---

[524] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direitos Humanos. **Relatório sobre a tortura no Brasil.** E/CN. 4/2001/66/Add. 2. Disponível em: <http://www.rndh.gov.br/>. Acesso em: 8 jan. 2005. Parágrafo 159.

[525] STF – RECR 136.239 – SP – 1ª T. – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 14.08.1992.

Talvez se possa argumentar que esse pronunciamento do Supremo Tribunal Federal encontra-se superado. Por jurisprudência do próprio Supremo e pelo advento da Lei 8.906/94 – Estatuto da OAB. Digno de referência é julgamento proferido pelo Supremo Tribunal, quanto à importância de assegurar ao preso o conhecimento de seus direitos fundamentais:

> A falta de informação ao preso sobre seus direitos constitucionais gera nulidade dos atos praticados, se demonstrado prejuízo. Precedentes. As nulidades ocorridas até o interrogatório judicial devem ser argüidas na defesa prévia. A não interposição do pedido de declaração da sentença caracteriza a preclusão da matéria omitida. Precedentes. Recurso desprovido[526].

A leitura desse acórdão já revela quão particularmente relevante é a presença do advogado a partir da prisão em flagrante. A leitura dos incisos III e XIV, do art. 7º, do Estatuto da OAB, é esclarecedora:

> Art. 7º São direitos dos advogados:
> III - comunicar-se com os seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração quando esses se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis;
> [...]
> XIV - examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, **autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento**, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos; [...].

Não é sem fundamento que o Estatuto da OAB, em seu artigo 2º, § 4º, impõe ao Poder Judiciário e ao Poder Executivo o dever de "instalar, em todos os juizados, fóruns, tribunais, delegacias de polícia e presídios, salas especiais permanentes para os advogados, com uso e controle assegurados à OAB".

Na imensa maioria dos estabelecimentos prisionais e delegacias não existem tais salas, e nem advogados para os presos e detidos.

Como fazer, então, para conter abusos no momento da detenção ou prisão? O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, ratificado pelo Brasil, e com força normativa pelo menos igual a lei federal, prevê, em seu artigo 9, seção 3, que

---

[526] STF – RHC 79973 – 2ª T. – Rel. Min. Nelson Jobim – DJU 13.10.2000 – p. 22.

> [...] qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade.

A Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, igualmente assinada e ratificada pelo Brasil e já incorporada, com status de lei federal entre nós, proclama em seu artigo 7, seção 5, que

> [...] toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

As normas são obrigações internacionais. Mas, ao mesmo tempo, são garantias dos cidadãos, que podem ser invocadas em qualquer instante. Seja qual for o motivo de sua prisão, há o direito de exigir ser levado à presença de um juiz, ou de uma autoridade judicial, “sem demora".

Esse direito fundamental de cada cidadão preso, que constitui dever de cada autoridade policial, é dos mais fáceis de ser respeitado. Para desincumbir-se desse dever, basta cada delegado chegar à presença do juiz com o preso ou detido e dizer simplesmente: eis o homem!

Essa prática, aliás, já foi incorporada à lei brasileira, por meio do artigo 69 da Lei 9.099/95, que disciplina o funcionamento dos juizados especiais cíveis e criminais. Tais juizados são competentes para processar e julgar autores de delitos de pequeno potencial ofensivo.

O detalhe curioso é que a lei desobriga a autoridade policial da lavratura do flagrante, com a apresentação imediata do autor do fato à autoridade judicial. E considera a sua apresentação ao juiz como garantia para a vítima, e não para o autor! O artigo 69 tem a seguinte redação:

> Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado **e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato** e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.
> Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao Juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança.

Ora, se a apresentação de pessoa autora de delito de pequeno potencial ofensivo é garantia para não ser preso, garantia maior será sua apresentação quando for preso!

A apresentação imediata da pessoa presa à autoridade judicial permitirá ao juiz examinar diretamente as condições físicas (e psicológicas) da pessoa detida, os fundamentos de sua detenção, a legalidade da prisão, etc. E será o momento para o juiz cumprir o artigo 5º, incisos XXXIII e LXIII, da Constituição:

> Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.
> [...] o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

Será o momento de o juiz informar a pessoa detida sobre seus direitos *de saber os* motivos de sua prisão e os responsáveis por ela; ser assistido por advogado; ficar calado, sem que o seu silêncio possa ser usado contra si; responder em liberdade (quando for o caso); produzir provas; ser examinado por um médico etc.

Atente-se para o fato de que as disposições do Pacto de Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana de Direitos Humanos têm força normativa equivalente à do Código Penal e do Código de Processo Penal. Portanto, não podem os responsáveis pela prisão, nem as autoridades judiciais, deixar de dar cumprimento a essa norma.

6.2 Recomendação 3. As pessoas legitimamente presas em flagrante delito não deveriam ser mantidas em delegacias de polícia por um período além das 24 horas necessárias para a obtenção de um mandado judicial de prisão provisória. A superlotação das cadeias de prisão provisória não pode servir de

justificativa para se deixar os detentos nas mãos da polícia (onde, de qualquer modo, a condição de superlotação parece ser substancialmente mais grave do que até mesmo em algumas das unidades prisionais mais superlotadas). (grifo nosso)

Esse é um drama vivido por dezenas de milhares de presos no Brasil, contando com a concordância do Poder Judiciário. O censo penitenciário no Brasil informa que cerca de uma em cada três pessoas presas ou detidas se encontram em delegacias de polícia. Lá permanecem não apenas durante as primeiras 24 horas, necessárias para lavratura do auto de flagrante delito. São ali mantidas durante o processo criminal e mesmo após condenados, passando a cumprir penas ali mesmo. Que diz, sobre o assunto, o STJ?

> Em sede de execução de pena em regime integral fechado, a segregação em delegacia por falta de vaga em estabelecimento penitenciário adequado não constitui constrangimento ilegal, não autorizando a transferência de preso para prisão albergue ou prisão domiciliar, não estando o mesmo submetido a regime prisional mais rigoroso do que o estabelecido na condenação. Habeas-corpus denegado.[527]

Para o STJ, não é ilegal não observar a Lei de Execução Penal! A violação à lei brasileira e ao tratado internacional dá-se pelo Estado brasileiro, não apenas por funcionários públicos, mas igualmente por agentes políticos do Poder Judiciário.

6.3 Recomendação 5. Qualquer pessoa presa deveria ser informada de seu direito contínuo de consultar-se em particular com um advogado a qualquer momento e de receber assessoramento legal independente e gratuito, nos casos em que a pessoa não possa pagar um advogado particular. Nenhum policial, em qualquer momento, poderá dissuadir uma pessoa detida de obter assessoramento jurídico. Uma declaração dos direitos dos detentos, tal como a Lei de Execução Penal (LEP), deveria estar prontamente disponível em todos

---

[527] STJ – HC . 20173 – MG – 6ª T. – Rel. Min. Vicente Leal – DJU 01.04.2002.

os lugares de detenção para fins de consulta pelas pessoas detidas e pelo público em geral.

Comentando a Recomendação 1, vimos a importância da presença de um advogado, a partir mesmo da prisão em flagrante, para impedir que abusos sejam praticados contra pessoas detidas e presas. Mas a realidade é distinta das boas intenções da lei. O próprio relator da ONU observou que

> [...] a assistência jurídica gratuita, principalmente no estágio inicial de privação de liberdade, é uma ilusão para a maioria dos 85% das pessoas que se encontram nessa condição e que necessitam de tal assistência. Isso se deve ao limitado número de defensores públicos. [528]

Ou não ocorre, ou se dá de modo inadequado, com seus casos sendo confiados apenas a estudantes de direito, sem que tenham completo conhecimento técnico e experiência profissional para patrocinar as defesas.

6.4 Recomendação 6. Um registro de custódia separado deveria ser aberto para cada pessoa presa, indicando-se a hora e as razões da prisão, a identidade dos policiais que efetuaram a prisão, a hora e as razões de quaisquer transferências subseqüentes, particularmente transferências para um tribunal ou para um Instituto Médico Legal, bem como informação sobre quando a pessoa foi solta ou transferida para um estabelecimento de prisão provisória. O registro ou uma cópia do registro deveria acompanhar a pessoa detida se ela fosse transferida para outra delegacia de polícia ou para um estabelecimento de prisão provisória.

O livro de registro de prisões e detenções é, inegavelmente, essencial, para garantir a transparência do processo de privação da liberdade de pessoas suspeitas ou acusadas de práticas de delitos. Antônio Cassese, que presidiu o Comitê contra a Tortura, no âmbito europeu, lembra que também se examina o livro de registro de custódias (detenções/prisões), para estabelecer o fluxo de pessoas detidas, o

[528] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direitos Humanos. **Relatório sobre a tortura no Brasil.** E/CN. 4/2001/66/Add. 2. Disponível em: <http://www.rndh.gov.br/>. Acesso em: 8 jan. 2005. Parágrafo 162.

período médio de detenção e se há registro de visitas de familiares ou encontros com advogados ou com alguém do serviço médico.

Igualmente se observa se nos dias precedentes à visita muitas pessoas foram soltas (ou transferidas para outros lugares), ou se há algo anormal na ausência de alguma(s) pessoa(s) detida(s) ao momento da visita. [529]

O registro de prisões deve ser um instrumento, ao lado de vários outros, para garantir a incolumidade dos presos, e deverá ser preenchido pelos responsáveis pela guarda das pessoas presas.

Sanders observa que

> [...] agentes de custódia 'independentes' têm que preencher 'registros de custódia' de todos os suspeitos, os quais registram as particularidades de sua detenção, e assim por diante. De qualquer sorte, tal como registros de busca pessoal, essa 'prova' escrita do encontro (fornecendo prova objetiva do ocorrido, para proteger suspeitos contra fabricações da polícia) é produzida pela polícia contra quem a prova pretende servir de proteção.[530]

---

[529] CASSESE, Antonio. **Inhuman States**. Cambridge (USA): Polity, 1996. p. 116,

[530] SANDERS, Andrew. **From Suspect to Trial.** *In* MAGUIRE, Mike; MORGAN, Rod; REINER, Robert. **The Oxford Handbook of Criminology.** 2. ed. Oxford: OUP, 1997. p. 1061. Tradução nossa. No original: […] 'independent' custody officers have to complete "custody sheets" on all suspects which record the particulars of their detention, and so forth. Yet, like records of stop-and-search, this written 'evidence' of the encounter (providing objective evidence of what happened, to protect suspects against police fabrications) is written by the police against whom this is supposed to be a protection.

6.5 Recomendação 7. A ordem judicial de prisão provisória nunca deveria ser executada em uma delegacia de polícia.

A recomendação dispensa maiores explicações. A Constituição e a Lei de Execuções Penais proíbem que presos permaneçam em delegacias, além do prazo de preparação do auto de flagrante. Mas, como visto, o Poder Judiciário, admite, por pragmatismo, a prática e, com isso, contribui para o Executivo deixar de implantar uma política criminal que mantivesse segregado da sociedade apenas os casos mais graves, liberando vagas em cadeias públicas e penitenciárias.

6.6 Recomendação 11. Todos os estados deveriam implementar programas de proteção a testemunhas nos moldes estabelecidos pelo programa PROVITA para testemunhas de incidentes de violência por parte de funcionários públicos; tais programas deveriam ser plenamente ampliados de modo a incluir pessoas que têm antecedentes criminais. Nos casos em que os atuais presos se encontram em risco, eles deveriam ser transferidos para outro centro de detenção, onde deveriam ser tomadas medidas especiais com vistas à sua segurança.

O programa de proteção a vítimas e testemunhas, no Brasil, embora tenha financiamento do governo federal, é desenvolvido e operacionalizado por organizações não-governamentais. Uma particularidade é que, na maior parte dos casos em que há vítimas e testemunhas, do outro lado da ponta, como perpetradores de violações, têm-se agentes do Estado – ordinariamente policiais. Programas de proteção a vítimas e testemunhas na Europa, Estados Unidos e Canadá, por outro lado, têm terroristas, traficantes internacionais e outras formas de crime organizado como responsáveis pelas ameaças. Por isso é que, nesses lugares, os programas são conduzidos pela própria polícia, ou instituições oficiais.

Um ponto grave, no programa brasileiro, é que, além de inteiramente conduzido por ONGs, dele não podem participar os que estiverem com ordens de prisão decretada (ou com restrições à liberdade).

6.7 Recomendação 15. Se não por qualquer outra razão que não a de pôr fim à superlotação crônica dos centros de detenção (um problema que a construção de mais estabelecimentos de detenção provavelmente não poderá resolver), faz-se imperativo um programa de conscientização no âmbito do Judiciário a fim de garantir que essa profissão, que se encontra no coração do Estado de Direito e da garantia dos Direitos Humanos, torne-se tão sensível à necessidade de proteger os direitos dos suspeitos e, com efeito, de presos condenados, quanto evidentemente o é a respeito da necessidade de reprimir a criminalidade. Em particular, o Judiciário deveria assumir alguma responsabilidade pelas condições e pelo tratamento a que ficam sujeitas as pessoas que o Judiciário ordena permaneçam sob detenção pré-julgamento ou sentenciadas ao cárcere. Em se tratando de crimes ordinários, o Judiciário, nos casos em que existirem acusações alternativas, também deveria ser relutante em: proceder a acusações que impeçam a concessão de fiança, excluir a possibilidade de sentenças alternativas, exigir custódia sob regime fechado, bem como em limitar a progressão de sentenças. (grifo nosso)

Essa recomendação está em consonância com as idéias democráticas de um sistema punitivo com ênfase para penas alternativas às de encarceramento, sendo estas de serem reservadas às situações de pessoas autoras de delitos mais graves, ou que possuam conduta anti-social incompatível com o convívio com suas comunidades.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos já fizera, em 1995 (portanto, cinco anos antes da vinda do relator especial contra a tortura), uma visita ao Brasil, em que também identificou problemas de superpopulação carcerária. Suas recomendações à época foram:

> 4.14. CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES
> **4.14.1. Aplicação de medidas carcerárias**
> Sejam adotadas todas as medidas adequadas para melhorar a situação de seu sistema penitenciário e o tratamento que os presos recebem, para cumprir plenamente as disposições de sua Constituição e leis, bem como os tratados internacionais de que o Estado brasileiro é signatário. Sob esse aspecto, recomenda-se que se apliquem efetivamente como instrumento-guia as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos e as Recomendações Relacionadas das Nações Unidas.
> **4.14.2. Condições carcerárias físicas**
> Seja consideravelmente ampliada a capacidade de vagas do sistema penitenciário, com o objetivo de solucionar o grave problema atual de superpopulação e, simultaneamente, sejam criadas condições de abrigo físico, higiene, trabalho e recreação de acordo com as normas internacionais.
> **4.14.3. Assistência judicial**
> Sejam adotadas todas as medidas necessárias para a prestação de uma assistência jurídica real, efetiva e gratuita aos que dela necessitem e não tem como pagá-la durante todas as etapas do processo judicial.
> Sejam concedidos e reconhecidos de maneira eficaz e oportuna aos presos os benefícios e privilégios a que têm direito nos termos da lei, em particular quanto à redução de penas, a indultos, a visitas familiares etc.
> Sejam acelerados os processos judiciais que mantêm em reclusão réus não condenados e sejam libertados os que cumpriram o máximo autorizado legalmente.
> Sejam efetivamente consagradas na legislação normas referentes ao cumprimento alternativo de penas.[531]

6.8 Recomendação 16. Pela mesma razão, a Lei de Crimes Hediondos e outros diplomas legais aplicáveis deveriam ser emendados de modo a assegurar que períodos de detenção ou prisão, muitas vezes longos, não sejam passíveis de imposição por crimes relativamente menos graves. O crime de 'desrespeito à autoridade' (desacatar a funcionário público no exercício da função) deveria ser abolido. (grifo nosso)

A recomendação critica o modo como o legislador classificou de "hediondo" alguns delitos que seriam, no olhar do relator, imerecedores desse qualificativo. No mais, a primeira parte da recomendação pode ser considerada na análise da recomendação anterior.

---

[531] COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório sobre a situacão dos Direitos Humanos no Brasil.** Disponível em: <http://www.cidh.org/countryrep/brazil-port/Cap %204%20.htm>. Acesso em: 05 maio 2004.

Quanto à questão da descriminalização das leis sobre desacato e desrespeito à autoridade, já foram objeto de apreciação pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Davidson lembra que "a comissão afirmou bastante enfaticamente que as leis de desacato não são necessárias para garantir a ordem pública em uma sociedade democrática" [532].

6.9 Recomendação 17. Deveria haver um número suficiente de defensores públicos para garantir que haja assessoramento jurídico e proteção a todas as pessoas privadas de liberdade desde o momento de sua prisão.

Já vimos, ao comentar a recomendação 2, decisão do Supremo, no sentido de que

> **A Lei fundamental da República simplesmente assegurou ao indiciado a possibilidade de fazer-se assistir, especialmente quando preso, por defensor técnico.** A Constituição não determinou, em conseqüência, que a Autoridade Policial providenciasse assistência profissional, ministrada por advogado legalmente habilitado, ao indiciado preso[533]. (grifo nosso)

Mas o próprio Supremo Tribunal Federal já teve a possibilidade de proferir julgamento subseqüente, analisando a importância de defensor público, em processo penal, para afirmar sua essencialidade. A ementa do acórdão merece transcrição:

> 1. A Constituição assegura aos acusados a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes e, para dar efetividade e este direito fundamental, determina que o Estado prestará assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LV, 2ª parte, e LXXIV), além de determinar que a União e o entes federados tenham Defensoria Pública, que "é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, erigida como órgão autônomo da administração da justiça, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados (art. 134 e pár. único). Estas disposições afastam definitivamente o mito da defesa meramente formal, ou da aparência da defesa judicial dos necessitados, como ilação que já foi extraída da letra do art. 261 do CPP (nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor). É, pois, dever do Defensor Público esgotar os meios que garantam a ampla defesa do necessitado. 2. Apesar da previsão de que

---

[532] DAVIDSON, Scott. **The Inter-American Human Rights System**. Brookfield (USA): Dartmouth, 1997. p. 319. Tradução nossa. No original: "the comission stated quite emphatically that desacato laws are not necessary to ensure public order in a democratic society".

[533] STF – RECR 136.239 – SP – 1ª T. – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 14.08.1992.

> os recursos são voluntários (CPP, art. 594) e de que a ampla defesa estaria resguardada com a intimação da sentença às partes, o art. 392 do CPP, vem sendo interpretado no sentido de exigir a intimação do réu preso e do seu advogado ou defensor, em homenagem ao referido princípio. 3. É curial que a manifestação da vontade de não recorrer, dada por réu necessitado, deve ser assistida pela defesa técnica, principalmente em casos como o presente, em que o paciente é menor, pobre, analfabeto, reside em bairro distante, trabalha como engraxate no centro da cidade e assinou a rogo a intimação da sentença condenatória e a desistência do direito de recorrer; além disto, não haverá prejuízo para o paciente porque o apelo interposto não poderá agravar a situação, eis que vedada a reformatio in pejus. Precedentes[534].

Advogados, especialmente se forem defensores públicos, pagos pelo Estado a indiciados e réus pobres, sem condições de pagar honorários, são da mais absoluta importância, para fazer respeitar os direitos das pessoas detidas e presas e dos acusados em geral. Mas é necessário que lhes sejam dadas condições materiais de trabalho, e também que se invista em sua capacitação técnica e profissional.

O direito a um julgamento justo é corolário de toda sociedade democrática. E para que possa ser justo um julgamento, há necessidade de a parte ser assistida por advogado, que tenha habilitação técnica para promover a defesa dos seus direitos e interesses, perante órgãos administrativos e judiciais.

O artigo 14, (3), letras “b” e “d”, do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, garante a toda pessoa acusada o direito de “dispor de tempo e de meios necessários à sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha” e ter defensor designado, gratuitamente, para o defender, caso não possa fazê-lo.

Nossa Constituição incorporou esses preceitos como garantias fundamentais da pessoa humana, dizendo no artigo 5º:

> Art. 5º [...]
> LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado[535], sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;
> LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

[534] STF – HC 76.526-3 – 2ª T. – Rel. Min. Maurício Corrêa – DJU 30.04.1998 – p. 10.

[535] O Supremo Tribunal Federal considerou que, além de não ser obrigado a falar, “o réu não está obrigado a dizer a verdade (art. 5º, LXIII, da Constituição.)” (STF – HC 72.815-4 – MT – 1ª T. – Rel. Min. Moreira Alves – DJU 06.10.1995).

Sobre o advogado, a Constituição diz, em seu artigo 133, que é “indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

A Lei 8906/94, mais conhecida como o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, reitera ser o advogado indispensável à administração da justiça (art. 2º) e, no seu ministério privado, prestar serviço público e exercer função social (art. 2º, § 1º). Mais. No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público (art. 2º, § 2º).

Basta realçar alguns dos dispositivos dessa lei, para apontar a importância de alguém detido ter em sua defesa um advogado:

> Art. 7º São direitos dos advogados:
> [...]
> III - comunicar-se com os seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração quando esses se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis;
> [...]
> VI - ingressar livremente:
> [...]
> b) nas salas e dependências de audiências, secretarias, cartórios, ofícios de justiça, serviços notariais e de registro, e, no caso de delegacias e prisões, mesmo fora da hora de expediente e independentemente da presença de seus titulares;
> c) em qualquer edifício ou recinto em que funcione repartição judicial ou outro serviço público onde o advogado deva praticar ato ou colher prova ou informação útil ao exercício da atividade profissional, dentro do expediente ou fora dele, e ser atendido, desde que se ache presente qualquer servidor ou empregado;
> [...]
> VIII - dirigir-se diretamente aos magistrados nas salas e gabinetes de trabalho, independentemente de horário previamente marcado ou outra condição, observando-se a ordem de chegada;
> [...]
> XIV - examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos; [...].

Ora, o advogado é alguém não só posto a serviço da defesa da pessoa detida, para formalizar seus argumentos e sua versão, mas profissional com autoridade legal para enfrentar, em pé de igualdade, sem subordinação ou dependência, juízes,

promotores de justiça, delegados, diretores de penitenciária e agentes penitenciários, sem pedir licença ou depender de obséquios. Como prerrogativa sua, a serviço e em benefício do múnus público que exerce.

Daí que sua presença, desde o escurecer de uma detenção ou prisão realizada, pode significar garantia de todos os direitos e prerrogativas que são afirmados pela Constituição e pelas leis às pessoas presas.

Além disso, e examinando a realidade das pessoas presas ou detidas, aqui e em outras partes, a maioria delas desconhece seus direitos. E torna-se, portanto, presa fácil de todos os tipos de abusos, por parte dos responsáveis por sua prisão.

Não é sem fundamento que o Estatuto da OAB, em seu artigo 2º, § 4º, impõe ao Poder Judiciário e ao Poder Executivo o dever de "instalar, em todos os juizados, fóruns, tribunais, delegacias de polícia e presídios, salas especiais permanentes para os advogados, com uso e controle assegurados à OAB".

A presença de um advogado, no momento da prisão, ou logo após esta, pode significar a materialização de todos os direitos e garantias estabelecidos na Constituição, nas convenções internacionais e nas leis nacionais, ou, em caso de sua violação, pode significar a denúncia de tais violações e a luta pela reparação.

6.10 Recomendação 18. Instituições tais como conselhos comunitários, conselhos estaduais de direitos humanos e as ouvidorias policiais e prisionais deveriam ser mais amplamente utilizadas; essas instituições deveriam ser dotadas dos recursos que lhe são necessários. Em particular, cada estado deveria estabelecer conselhos comunitários plenamente dotados de recursos, que incluam representantes da sociedade civil, sobretudo organizações não-governamentais de direitos humanos, com acesso irrestrito a todos os estabelecimentos de detenção e o poder de coletar provas de irregularidades cometidas por funcionários.

Essa recomendação relaciona-se direta ou indiretamente com várias outras, que procuram fortalecer os mecanismos de controle externo do sistema prisional. A falta de acompanhamento e controle é considerada como fator que propicia a ocorrência dos abusos tão reiteradamente documentados por organismos internacionais e nacionais. Importante salientar que em vários desses órgãos mencionados pelo relator, há a presença de juízes, promotores e advogados e da própria academia (com professores das áreas ligadas ao sistema prisional).

Segundo o art. 61, são órgãos da execução penal (I) o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; (II) o juízo da execução; (III) o Ministério Público; (IV) o Conselho Penitenciário; (V) os departamentos penitenciários; (VI) o Patronato; e (VII) o Conselho da Comunidade.

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária integra a estrutura do Ministério da Justiça, tendo, entre outras, incumbência para promover a avaliação periódica do sistema criminal com vistas à sua adequação às necessidades do País; inspecionar e fiscalizar os estabelecimentos penais, bem assim informar-se, mediante relatórios do Conselho Penitenciário, requisições, visitas ou outros meios, acerca do desenvolvimento da execução penal nos Estados, Territórios e Distrito Federal, propondo às autoridades dela incumbidas as medidas necessárias ao seu aprimoramento; representar ao juiz da execução ou à autoridade administrativa para instauração de sindicância ou procedimento administrativo, em caso de violação das normas referentes à execução penal; representar à autoridade competente para a interdição, no todo ou em parte, de estabelecimento penal (art. 64. incisos III, VIII, IX e X, respectivamente).

A execução penal é acompanhada por juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença.

O Poder Judiciário tem enorme participação no sistema penitenciário, competindo-lhe, por exemplo, inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a

apuração de responsabilidade; interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos legais (art. 66, incisos VII e VIII).

Também o Ministério Público[536] tem posição de relevo, desde que fiscaliza a execução da pena e da medida de segurança, oficia no processo executivo e nos incidentes da execução e tem o dever de visitar mensalmente os estabelecimentos penais, registrando a sua presença em livro próprio (art. 67 e parágrafo único).

Um órgão extremamente importante, que não vem recebendo a devida atenção dos poderes públicos, é o Conselho Penitenciário, órgão consultivo e fiscalizador da execução da pena, integrado por professores e profissionais com conhecimento na área penal, processual penal e penitenciária e em ciências correlatas, bem como por representantes da comunidade (art. 69 e § 1º).

A ele incumbe (I) emitir parecer sobre livramento condicional, indulto e comutação de pena; (II) inspecionar os estabelecimentos e serviços penais; (III) apresentar, no primeiro trimestre de cada ano, ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, relatório dos trabalhos efetuados o exercício anterior; e (IV) supervisionar os patronatos, bem como a assistência aos egressos (art. 70).

A comunidade também tem participação no processo de acompanhamento da execução da pena, formalizada aquela por meio de um Conselho com seu nome. O Conselho da Comunidade é composto por representante do empresariado, por advogado indicado pela seção da Ordem dos Advogados do Brasil e por assistente social escolhido pelo órgão local de assistentes sociais (art. 80).

São relevantíssimas suas atribuições, cabendo-lhe (I) visitar, pelo menos mensalmente, os estabelecimentos penais existentes na comarca; (II) entrevistar presos; (III) apresentar relatórios mensais ao juiz da execução e ao Conselho

[536] É o Ministério Público que atua perante o juízo das execuções penais. Hoje, a execução penal é de responsabilidade do juiz de direito estadual (e o Ministério Público a fiscalizar diretamente o sistema é o Ministério Público Estadual), em razão de não haver presídio federal, sob responsabilidade e fiscalização de juízes federais. Mas a Lei Complementar 75/93 tem dispositivo expresso (art. 38), considerando parte das funções institucionais do Ministério Público Federal participar dos Conselhos Penitenciários.

Penitenciário; (IV) diligenciar a obtenção de recursos materiais e humanos para melhor assistência ao preso ou internado, em harmonia com a direção do estabelecimento (art. 81).

Vejamos quantos órgãos unipessoais ou colegiados podem exercer *controle externo* sobre o sistema prisional: o juiz da execução; o promotor de justiça; o conselho penitenciário; o conselho da comunidade.

Todos e cada um desses órgãos unipessoais ou colegiados podem fiscalizar se as pessoas presas ou detidas estão recebendo tratamento que respeite sua dignidade de pessoa humana, especialmente se não estão sendo submetidas à tortura nem a tratamento desumano, degradante ou cruel.

Todos e cada um têm prerrogativa para observar se os direitos básicos das pessoas presas ou detidas, nomeadamente ser conduzido, sem demora, à presença de uma autoridade judicial; ser examinado por um médico; ter acesso a um advogado (direito à assistência jurídica desde sua detenção); comunicação com o mundo exterior; supervisão de lugares de detenção e custódia; e apreciação judicial de sua detenção estão ou não sendo respeitados.

A pergunta que se faz agora é: será que esses órgãos exercem *adequadamente* suas funções? Será que realizam suas visitas e inspeções mensais? E, em realizando, será que conseguem reverter a situação de desumanidade das prisões e prevenir o mal da tortura e dos maus-tratos, que grassa em nossas prisões?

> Os magistrados tendem a manter uma abordagem muito burocrática com relação a detentos e cadeias: eles conferem os arquivos e, quando muito, podem dar uma atenção escrupulosa a um caso individual, conversando com um prisioneiro, em uma sala destinada a tal propósito; eles podem até trabalhar duro para obter a redução de sentenças de alguns prisioneiros, ou conceder permissão para verem seus parentes, ou meramente para dar conselhos. Entretanto, eles nunca, ou quase nunca, põem os pés em uma cela de um prisioneiro.[537]

Essa crítica não é dirigida aos magistrados brasileiros. Ela foi feita pelo jurista italiano Antonio Cassese, contra os magistrados europeus.

---

[537] CASSESE, Antonio. **Inhuman States**. Cambridge (USA): Polity 1996. p. 116.

Que a maioria dos estabelecimentos prisionais no Brasil implica tratamento desumano e degradante para os que ali são enviados é conclusão a que se chega sem maiores esforços, e pela mera observação dos relatos cotidianos, tanto das notícias publicadas em jornais, sobre causas de revoltas, motins e rebeliões, quanto nos próprios relatórios oficiais de órgãos do Poder Executivo, das comissões de direitos humanos do Poder Legislativo, dos juízos de execução penal, e do próprio Ministério Público, para não dizer sobre denúncias e relatos das organizações de direitos humanos.

Mas em que medidas as visitas a estabelecimentos prisionais podem ajudar a prevenir a tortura (e mesmo a combater, pela obtenção de elementos de prova, que permitam a apresentação de casos judiciais contra torturadores)?

Mais uma vez, julgamos útil narrar as experiências vividas pelo Comitê Europeu contra a Tortura, segundo relatou seu ex-Presidente Antonio Cassese.

Primeiramente, um grupo de pessoas designadas para inspecionar é selecionado a partir de sua experiência, e inclui, ao lado de especialistas em direitos humanos, médicos, psiquiatras, psicólogos, peritos médico-legais etc.

O grupo realiza registro de todas as situações, mesmo daquelas aceitáveis *per se,* mas que podem degradar em tratamento desumano, caso combinadas com outros fatores.

São verificados vários fatores: o tamanho e a capacidade das celas, de modo a determinar possíveis casos de superlotação; o estado das instalações sanitárias; a qualidade e a quantidade de alimentos; se há laboratórios e oficinas para treinamento vocacional, ginásios ou outros equipamentos de recreação, e quadras esportivas; qual a qualificação do serviço médico; as relações pessoais entre agentes penitenciários e detentos; estruturas montadas para acolher visitas de familiares e de advogados; se há assistentes sociais e psicólogos; oportunidades para os prisioneiros apresentarem queixas contra abusos; a natureza das punições aplicáveis (especialmente modos de confinamento disciplinar); se há formas de

supervisão governamental (tais como inspeções administrativas ou monitoramento por juízes supervisores).

Também se examina o livro de registro de custódias (detenções/prisões), para estabelecer o fluxo de pessoas detidas, o período médio de detenção e se há registro de visitas de familiares ou encontros com advogados ou com alguém do serviço médico.

Igualmente se observa se nos dias precedentes à visita muitas pessoas foram soltas (ou transferidas para outros lugares), ou se há algo anormal na ausência de alguma(s) pessoa(s) detida(s) ao momento da visita.

São submetidas a escrutínio as salas onde a polícia realiza os interrogatórios, checam-se as armas e outros instrumentos de coerção que os policiais detêm (por exemplo, se usam cassetetes, ou se possuem armas ou instrumentos proibidos, se têm bastões elétricos etc.).

Verifica-se se as autoridades incumbidas da supervisão do estabelecimento têm realizado inspeções, e em que extensão. A ausência de tais inspeções aumenta o risco de abusos.

Após algumas inspeções iniciais, Antonio Cassese comenta que o Comitê desenvolveu sua própria técnica. Chegando às prisões, um grupo iria diretamente para a unidade em que os recém chegados prisioneiros são recebidos. Alguns iriam entrevistar todos os detidos a respeito das condições das delegacias de polícia as quais eles tinham acabado de deixar, e um ou dois dos médicos do grupo de inspeção iria examiná-los com muito cuidado. Esses recém chegados freqüentemente se revelaram verdadeiras minas de miséria: os médicos freqüentemente descobriram sinais de tortura recente ou sérios maus-tratos.

Enquanto isso, outro grupo de inspetores iria olhar cuidadosamente os registros de prisões, selecionar uma amostra de quinze a vinte prisioneiros que tivessem chegado durante as últimas duas ou três semanas: descobrindo onde eles eram

mantidos, esses prisioneiros eram interrogados e, sendo necessário, examinados por um ou mais médicos.

Freqüentemente os peritos médico-legais visitam os departamentos de medicina legal dos estados, para observar como o exame das pessoas detidas é realizado, antes de serem transferidos para a prisão; ou para conferir seus arquivos médicos. Em diversas ocasiões, eles pediram para ver os relatórios de autópsias de pessoas suspeitas de terem morrido depois de serem severamente torturados: esses relatórios freqüentemente confirmavam as suspeitas de que não diziam tudo o que deveriam dizer e descrever.

Sempre procuravam os lugares e os instrumentos de tortura, para tanto realizando inspeções meticulosas.
Depois de horas de perguntas e entrevistas com policiais, começavam a abrir armários e gavetas em cada sala dos setores em que havia informações seguras de práticas de tortura.

Essas, claro, são observações gerais, mas muito úteis. O ponto relevante é que a inspeção seja adequadamente planejada e levada adiante por profissionais competentes, de modo a poder avaliar o estado geral das condições de detenção, e, em particular, com experiência e vivência em identificar ocorrências de práticas de torturas ou maus-tratos.

6.11 Recomendação 21. Um profissional médico qualificado (um médico escolhido, quando possível) deveria estar disponível para examinar cada pessoa, quando de sua chegada ou saída, em um lugar de detenção. Os profissionais médicos também deveriam dispor dos medicamentos necessários para atender às necessidades médicas dos detentos e, caso não possam atender a suas necessidades, deveriam ter autoridade para determinar que os detentos sejam transferidos para um hospital, independentemente da autoridade que efetuou a detenção.

O acesso ao profissional médico não deveria depender do pessoal da autoridade que efetua a detenção. Tais profissionais que trabalham em instituições de privação de liberdade não deveriam estar sob autoridade da instituição, nem da autoridade política por ela responsável.

Na luta contra a tortura e a impunidade, extraordinária contribuição vem sendo dada pelos profissionais médicos, que emprestam seus conhecimentos científicos para identificar violências e agressões praticadas contra pessoas presas ou detidas e evidenciam as sedes e natureza das lesões, afirmando a verossimilhança com as alegações de torturas e maus tratos sofridos.

A conhecida Declaração de Tóquio, aprovada pela Assembléia Geral da Associação Médica Mundial, em 10 de outubro de 1975, define tortura como

> [...] a imposição deliberada, sistemática e desconsiderada de sofrimento físico ou mental por parte de uma ou mais pessoas, atuando por própria conta ou seguindo ordens de qualquer tipo de poder, com o fim de forçar uma outra pessoa a dar informações, confessar, ou por outra razão qualquer.

O médico-legista paraibano Genival Veloso de França observa que "os meios mais usados como maus tratos aos detentos são: físicos (violência efetiva), morais (intimidações, hostilidades, ameaças), sexuais (cumplicidade com a violência sexual) e omissivos (negligência de higiene, alimentação e condições ambientais)", pelo que sempre recomenda, em perícias médicas relacionadas a casos de tortura:

> 1º Valorizar de maneira incisiva o exame esquelético-tegumentar da vítima; 2º Descrever detalhadamente a sede e as características de cada lesão qualquer que seja o seu tipo e localizá-la precisamente na sua respectiva região; 3º Registrar em esquemas corporais todas as lesões eventualmente encontradas; 4º Detalhar, em todas as lesões, independentemente de seu vulto, a forma, idade, dimensões, localização e particularidades; 5º Fotografar todas as lesões e alterações encontradas no exame externo ou interno, dando ênfase àqueles que se mostram de origem violenta; 6º Radiografar, quando possível, todos os segmentos e regiões agredidos ou suspeitos de violência; 7º Examinar a vítima de tortura sem a presença dos agentes do poder. 8º Trabalhar sempre em equipe. 9º

> Examinar à luz do dia. 10º Usar os meios subsidiários de diagnóstico disponíveis e indispensáveis, com destaque para o exame toxicológico.[538]

Nos exames clínicos em casos de tortura, suas observações estendem-se além da verificação das lesões deixadas no corpo da vítima (lesões esquelético-tegumentares), determinando sejam observadas eventuais perturbações psíquicas.

Tais perturbações são também conhecidas como síndrome pós-tortura e caracterizam-se

> [...] por transtornos mentais e de conduta, apresentando desordens psicossomáticas (cefaléia, pesadelos, insônia, tremores, desmaios, sudorese e diarréia), desordens afetivas (depressão, ansiedade, medos e fobias) e desordens comportamentais (isolamento, irritabilidade, impulsividade, disfunções sexuais e tentativas de suicídio). O mais grave desta síndrome é a permanente recordação das torturas, os pesadelos e a recusa fóbica de estímulos que possam trazer a lembrança dos maus tratos praticados.[539]

A Constituição não afirma diretamente o direito de ser examinado por um médico, mas reconhece que saúde é direito de todos e que aos presos têm assegurado o respeito à integridade física e moral e a proibição de aplicação de penas cruéis. Ainda, proíbe o uso de provas obtidas por meios ilícitos e assegura a ampla defesa e o contraditório, o que faz surgir o direito a ter documentadas as lesões que sofreu, quer para desconstituir provas, quer para fundamentar alegações contra os perpetradores da violência sofrida.

Por outro lado, a Lei da Execução Penal garante aos presos

> Art. 43. [...] a liberdade de contratar médico de confiança pessoal do internado ou do submetido a tratamento ambulatorial, por seus familiares ou dependentes, a fim de orientar e acompanhar o tratamento.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios reconheceu que

---

[538] FRANÇA, Genival Veloso. **Tortura:** aspectos médico legais. Disponível em:< www.dhnet.org.br>. Acesso em: 02 maio 2004.

[539] FRANÇA, Genival Veloso. **Tortura**: aspectos médico legais. Disponível em:< www.dhnet.org.br>. Acesso em: 02 mai. 2004.

> O Estado deve assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, ao preso e ao internado, estabelecida no artigo 14, da Lei de execuções penais. Dessa forma não autoriza a Lei seja o réu posto em liberdade pelo fato de encontrar-se doente, cabendo ao diretor, se o estabelecimento prisional em que o mesmo se encontra não tiver condições adequadas para o tratamento devido, expedir autorização de saída para que o mesmo seja tratado em hospital da rede pública ou particular[540].

Já o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que a demora indevida em providenciar o atendimento médico pode resultar em responsabilidade para o causador[541].

Por outro lado, o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo considerou que

> Falta de viatura para transporte de preso que necessita de tratamento médico. Constrangimento ilegal. Inexistência. Não constitui constrangimento ilegal a falta de viatura para transporte de presos, ainda que para levar ecluso a hospital, visando tratamento médico[542].

.

Esse entendimento da Corte paulista vai de encontro à recomendação formulada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que, após visita ao Brasil, determinou que

> Seja oferecido aos detentos e presos, sem qualquer distinção, o atendimento médico de que necessitem de maneira oportuna e eficaz e, quando for o caso, seja realizado, sem qualquer demora, seu transporte aos centros de assistência médica [543].

Também o artigo 2º, § 3º, da Lei 7.960/89 (que dispõe sobre prisão temporária), confere ao juiz a possibilidade de "determinar que o preso lhe seja apresentado, solicitar informações e esclarecimentos da autoridade policial e submetê-lo a exame

---

[540] TJDF – HBC 115230 – (Reg. 91) – 2ª T.Crim. – Rel. Des. Vaz de Mello – DJU 18.08.1999.

[541] "IMPETRAÇÃO VISANDO INTERNAÇÃO DE PACIENTE PRESO PARA TRATAMENTO MÉDICO – DEMORA INJUSTIFICADA DO ÓRGÃO RESPONSÁVEL (COESPE) EM PROVIDENCIAR TAL MEDIDA – RETORNO DOS AUTOS À VARA DE ORIGEM PARA FIXAÇÃO DE PRAZO RAZOÁVEL PARA TOMADA DE PROVIDÊNCIAS SOB PENA DE RESPONSABILIDADE – Ordem concedida". (TJSP – HC 280.038-3 – São Paulo – 5ª C.Crim. – Rel. Des. Dante Busana – J. 22.04.1999 – v.u.)

[542] TACRIMSP – HC 301.360 – 1ª C – Rel. Juiz Luís Ganzerla – J. 06.03.1997.

[543] COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório sobre a situacão dos Direitos Humanos no Brasil.** Disponível em: <http://www.cidh.org/countryrep/brazil-port/Cap %204%20.htm>. Acesso em: 05 maio 2004.

de corpo de delito". Embora vista aqui como uma prerrogativa do Juiz, em verdade, é uma garantia para a pessoa presa.

O ordenamento jurídico brasileiro agasalha, portanto, essa possibilidade preventiva, que afastará inteiramente a dúvida acerca da ocorrência ou não de prática de tortura, quando da detenção ou prisão de alguém.

6.12 Recomendação 22. **Os serviços médico-forenses deveriam estar sob a autoridade judicial ou outra autoridade independente, e não sob a mesma autoridade governamental que a polícia; nem deveriam exercer monopólio sobre as provas forenses especializadas para fins judiciais**.[544]

Os atos administrativos gozam de presunção de legalidade e de legitimidade. São presumidos imparciais e impessoais, no suposto de que observem, com rigor, o contido na Constituição.

A polícia, por outro lado, tem a incumbência de investigar delitos, com o dever de apresentar provas de que aconteceram e apontar quem possa ser responsabilizado por sua prática, com o objetivo de, assegurando condições de punibilidade, desestimular a criminalidade.

Os institutos de medicina legal são unidades administrativas responsáveis pela aplicação do conhecimento médico para esclarecimento de circunstâncias de fato em que estejam presentes agressões à vida ou saúde da pessoa. Na administração pública, os institutos de medicina legal estão vinculados – com subordinação hierárquica e funcional – às mesmas unidades administrativas responsáveis pela apuração de infrações penais. Ordinariamente as polícias civis e secretarias de segurança pública.

---

[544] BRASIL. **Comentários do Governo brasileiro ao informe do Relator Especial sobre a Tortura da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, Sir Nigel Rodley (documento E/CN.4/ 2001/66/Add. 2).** Disponível em: <http://www.rndh.gov.br/tortura/coment%C3%A1rios.htm>. Acesso em: 02 maio 2004

A conseqüência prática é que os institutos de medicina legal não costumam gozar do grau de independência técnico-científica e administrativa que lhes permita uma investigação dos fatos ausente de pressões ostensivas ou veladas das unidades policiais.

Vistas em conjunto, é fácil perceber que tais Recomendações podem contribuir para a prevenção e o combate à tortura. São medidas que criam barreiras ou obstáculos para a prática do delito, Algumas fortalecem a vítima, ao removê-la do alcance do agressor (ao limitar as circunstâncias em que alguém pode ser preso; ao limitar o tempo de permanência à disposição do captor; ao substituir o encarceramento por outras medidas; ao reduzir o número de pessoas mantidas em uma mesma unidade; etc.); ou conferir-lhe maior protagonismo (ao informar-lhe de seus direitos; ao permitir-lhe acesso a médico; ao assegurar-lhe acesso a advogado; ao garantir-lhe visita de familiares; etc.); ou, ainda, aumentando a vigilância (visitas regulares à vítima, por médico, advogado, familiar, membro de conselho, etc.), ou fortalecendo o papel de quem pode ter olhos independentes para ver, e palavra independente para dizer (independência das perícias médicas, e.g.).

Embora cada uma das Recomendações pudesse vir a ser objeto de pesquisa, no futuro, sendo, em si mesmas, variáveis a serem confirmadas ou corroboradas pelos fatos (quanto à sua eficácia no controle e no combate à tortura), o certo é que há lógica e racionalidade nas mesmas, as quais podem ser explicadas pela Teoria das Oportunidades para Prática de Delitos.

6.13 Recomendação 23. A assustadora situação de superpopulação em alguns estabelecimentos de prisão provisória e instituições prisionais precisa acabar imediatamente; se necessário, mediante ação do Executivo, exercendo clemência, por exemplo, com relação a certas categorias de presos, tais como transgressores primários não-violentos ou suspeitos de transgressão. A lei que exige a separação entre categorias de presos deveria ser implementada.

A questão da superpopulação carcerária é uma em que, ao lado do Poder Executivo, tanto o Judiciário quanto o Ministério Público precisam reconhecer suas parcelas de responsabilidade. Aquele, por não realizar os investimentos necessários na implantação e manutenção de um sistema para cumprimento de penas. Estes últimos, por não se esforçarem em fazer respeitar, de um lado, uma política criminal que dê preferência a penas alternativas à prisão – reservando a pena privativa de liberdade para situações mais graves – de outro, por não realizarem controle sistemático e rigoroso sobre as condições prisionais.

No mais, a recomendação é para que o governo faça o que está escrito: cumpra-se a lei!

7. Aumentar os riscos decorrentes do crime

Como dito anteriormente, na compreensão de medidas que objetivem aumentar os riscos (de punição e responsabilização) decorrentes da prática do crime significa monitorar entradas e saídas, realizar vigilância formal, vigilância por empregados, vigilância natural. A *accountability* – dever de prestação de contas e de responsabilização – também estão nesse contexto.

Classificam-se sob essa rubrica as recomendações R1 Visitas surpresa, suspensão funções; R4 Acesso dos familiares; R8 Gravação da confissão em video; R9 Alegação de tortura: inversão ônus prova; R10 Investigação prontamente, exame padrão conduta; R12 Denunciar por tortura; R13 Investigação por órgão independente; R14 Juiz de Instrução; R15 Judiciário monitorando condições prisionais; R19 Unificação das polícias; R21 Independência do servidor-médico; R22 Independência da perícia médico-legal; R24 Monitoramento externo do sistema; R26 Federalização dos crimes contra direitos humanos; R28 Direito de petição individual ao CAT; R29 Convite ao Rel. Esp. Para Exec. Sumária.

7.1 Recomendação 1 Visitas surpresa, suspensão funções

1. Em primeiro lugar, as mais altas lideranças políticas federais e estaduais precisam declarar inequivocamente que não tolerarão a tortura ou outras formas de maus tratos por parte de funcionário públicos, principalmente as polícias militar e civil, pessoal penitenciário e pessoal de instituições destinadas a menores infratores.

A recomendação trata da afirmação do repúdio político à tortura. O relator identifica a necessidade de que as autoridades públicas afirmem claramente e façam acompanhar suas palavras de gestos e ações concretas, a absoluta proibição da

tortura. Isso implica exercer efetivo monitoramento de sua prática, conduzindo a investigações e punições.

Para ele, é preciso que “os líderes políticos tomem medidas vigorosas para agregar credibilidade a tais declarações e deixar claro que a cultura de impunidade precisa acabar”. Por isso, devem ser incluídas “visitas sem aviso prévio por parte dos líderes políticos a delegacias de polícia, centros de detenção pré-julgamento e penitenciárias conhecidas pela prevalência desse tipo de tratamento”.

Tocando no ponto nevrálgico, afirma que “deveriam ser pessoalmente responsabilizados os encarregados dos estabelecimentos de detenção quando forem perpetrados maus tratos”. Ou seja, a *accountability* – dever de prestar contas – dos superiores hierárquicos seria seguida da *responsibility* – dever de responder pelos atos dos subordinados, quando violassem a lei, sem serem investigados ou punidos por suas transgressões.

Além de investigar os subordinados, o relator recomenda não incluí-los em listas de promoção e determinar seu afastamento do cargo, “sem que tal afastamento consista meramente em transferência para outra instituição.”

O entendimento do relator é modo de interpretar o dever de investigar e punir, contido no artigo 1º, da Lei de Criminalização da Tortura, que pune a autoridade que não investiga.

Por outro lado, na maioria dos Estados as autoridades negam a ocorrência de torturas. Élio Gaspari, que estudou com profundidade a violência e a tortura no período militar, resume de modo objetivo a conseqüência prática disso: “a negação da tortura pela retórica do regime catapulta a ‘tigrada’ da condição de infratora à de intocável”. E compara: ”enquanto um policial metido em contrabando jamais é

promovido em função do volume de suas muambas, o torturador é publicamente recompensado por conta de suas investigações bem-sucedidas”.[545]

Condenar a tortura significa não nomear os suspeitos de sua prática para cargos relevantes, nem promover torturadores, mas afastá-los, investigá-los e puni-los.

7.2 Recomendação 4 Acesso dos familiares

4. Os familiares próximos das pessoas detidas deveriam ser imediatamente informados da detenção de seus parentes e deveriam poder ter acesso a eles. Deveriam ser adotadas medidas no sentido de assegurar que os visitantes a carceragens policiais, centros de prisão provisória e penitenciárias sejam sujeitos a vistorias de segurança que respeitem sua dignidade.

Vimos a importância de uma pessoa presa ser conduzida, sem demora, à presença de uma autoridade judicial e de ter acesso a advogado. Mas, permanecendo uma pessoa em cárcere, é garantia de sua integridade física e moral a possibilidade de comunicar-se com o mundo exterior e de comunicar às pessoas desse mundo o que se passa por trás das grades.

Perdendo a liberdade, de modo provisório ou de modo definitivo, a pessoa não perde sua dignidade essencial de pessoa humana, nem desata todos os laços que mantém com seus familiares e amigos. O artigo 10, do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, determina, em sua seção 1, que “toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana”. Ainda, esse mesmo artigo dispõe, em sua seção 3, que “O regime penitenciário consistirá em um tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e a reabilitação moral dos prisioneiros”.

Para que haja essa reforma e essa reabilitação moral, necessariamente, a família e os amigos têm de se envolver no processo de ressocialização, que não poderá ser

[545] GASPARI, Elio. **A Ditadura Escancarada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 22.

aquele aplicado pelos senhores de terras do Brasil colonial, conforme narrado por Luís Felipe de Alencastro.

Assim, a comunicação com o mundo exterior far-se-á ordinariamente pela convivência com seus familiares, diretamente por meio de visitas que lhes façam, ou de comunicação escrita ou telefônica. Também, por comunicação com seu advogado.

A ONU formulou vários princípios relativos ao tratamento que os presos devem receber dos Estados, para tornar sua prisão compatível com os padrões internacionais de direitos humanos. Entre outras relevantes, merece referência a Regra 92, que reconhece o direito de comunicar-se com e receber visitas de familiares; e a Regra 44 assegura o direito de ser comunicado de doença grave ou morte em parente próximo, ou comunicar a parente próximo sua doença grave, bem assim sua eventual transferência para outro estabelecimento prisional.

O Comitê de Direitos Humanos da ONU teve oportunidade de manifestar-se sobre o assunto, afirmando que a prática de deter pessoas por um período extenso de tempo sem permitir-lhes comunicar-se com suas famílias, amigos, ou advogado, e sujeitar sua correspondência a censura excessiva, são violações a tais padrões, violando igualmente o artigo 10 (1) e 14 (3) do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos - PIDCP.[546]

Um problema sério surge para o controle das visitas aos presos. São realizadas revistas íntimas, ou seja, exame dos visitantes nus, com verificação, até, de suas cavidades corporais.

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária adotou a Resolução nº 1, de 27 de março de 2000, dispondo sobre a revista pessoal no ingresso nos estabelecimentos penais e recomendando que a revista, por ocasião do ingresso de familiares e amigos de presos, seja efetuada com observância de critérios que

[546] CENTRE FOR HUMAN RIGHTS. **Human Rights And Pré-Trial Detention.** Geneva: United Nations, 1994. p. 24.

aponta. Entre esses, destacam-se a isenção para gestantes e crianças de até 12 anos (art. 2º); para advogados, no exercício profissional; para magistrados, membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e diversas outras autoridades (incluindo membros do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP e dos Conselhos Penitenciários estaduais) (art. 4º).

O art. 5º orienta no sentido de que a revista íntima só se efetue "em caráter excepcional, ou seja, quando houver fundada suspeita de que o revistando é portador de objeto ou substância proibidos em lei e/ou que venham a pôr em risco a segurança do estabelecimento", sendo certo que "a revista íntima deverá preservar a honra e a dignidade do revistando e efetuar-se em local reservado" (art. 6º).

Para garantir o respeito à sua resolução, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária editou uma outra resolução, a de nº 2, de 27 de março de 2001 (posterior, portanto, à visita do Relator da ONU), condicionando a liberação de recursos do Fundo Penitenciário ao cumprimento de vários requisitos, inclusive as normas sobre revista íntima.

É lamentável que a maioria dos Estados continue a não observar a orientação normativa, e os órgãos federais continuem a não adotar providências, em face desse descumprimento.

7.3 Recomendação 8 Gravação da confissão em video

8. Nenhuma declaração ou confissão feita por uma pessoa privada da liberdade que não uma declaração ou confissão feita na presença de um juiz ou de um advogado deveria ter valor probatório para fins judiciais, salvo como prova contra as pessoas acusadas de haverem obtido a confissão por meios ilícitos.

O Governo é convidado a considerar urgentemente a introdução da gravação em vídeo e em áudio das sessões realizadas em salas de interrogatório de delegacias de polícia.

Aqui há dois aspectos importantes. Qualquer um poderia ter o impulso de afirmar que a Constituição não admite, como prova, as evidências obtidas por meio ilícito, e como tais seriam consideradas as confissões e informações obtidas sob tortura. Mas esse não é o ponto. O problema é que cabe ao torturado provar que foi submetido a tortura. E, sendo tortura um crime, quem o investiga é o próprio torturador! Por isso não são freqüentes as decisões dos tribunais que, em casos concretos (e não como meras declarações de intenções ou de interpretação, em tese, da norma) proclamaram nulas as provas produzidas, porque obtidas sob tortura. Um desses casos raros é o julgado do Tribunal de Justiça de Minas, adiante transcrito:

> TRÁFICO DE ENTORPECENTE – PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO – POLICIAIS QUE UTILIZARAM-SE DE TORTURA E VIOLÊNCIA FÍSICA EM SUA OBTENÇÃO – INVALIDADE – AUSÊNCIA DE PROVA DA CULPABILIDADE DO RÉU A CORROBORAR O INQUÉRITO POLICIAL – Decisão condenatória reformada. Absolvição decretada. Aplicação do art. 386, VI, CPP.[547]

A torrencial jurisprudência, contudo, mantém-se reticente em aceitar alegações de réus que, para se livrarem de acusações em juízo, alegam – sem provarem – terem sido vítimas de tortura. São emblemáticos os arestos a seguir colacionados:

> Se a confissão extra-judicial encontra ressonância na prova produzida em juízo e a retratação feita se fundamenta em alegação de tortura policial não comprovada, a decisão do Júri que nela se apoiou não poderá ser tida como manifestamente contrária à prova dos autos[548].
>
> A prova para inquinar de invalidade a confissão extrajudicial prestada na presença de testemunhas e corroborada pelo restante da prova há de ser convincente e estreme de dúvidas, o que inocorre nestes autos. A clássica chamada do co-réu, que implica a confissão da responsabilidade por parte de quem a faz, principalmente quando acompanhada de indícios e circunstâncias que confirmam o delito, constitui valioso elemento de prova. Condenação mantida[549].

---

[547] TJMG – ACr 000.181.888-9/00 – 1ª C.Crim. – Rel. Des. Luiz Carlos Biasutti – J. 03.10.2000.
[548] TJMG – ACr 000.190.330-1/00 – 3ª C.Crim. – Rel. Des. Mercêdo Moreira – J. 21.11.2000.
[549] TJSC – ACr 01.005132-0 – 1ª C.Crim. – Rel. Des. Genésio Nolli – J. 08.05.2001.

Por outro lado, o Supremo Tribunal parece – à primeira vista – ter alterado a ênfase que dera, sobre a prescindibilidade do advogado, na fase policial ("A confissão policial feita por indiciado desassistido de defensor não ostenta, por si mesma, natureza ilícita")[550].

Ora, em visão diametralmente oposta a esta, percebe-se a extrema importância que o Supremo Tribunal Federal dá ao contraditório e à ampla defesa judicial e o reconhecimento do papel do advogado para fazer não apenas papel figurativo, mas de efetivo controle da legalidade de uma acusação, especialmente quando se tratar de réu pobre e analfabeto. Isso faz refletir sobre a necessidade de assegurar, como dito na Constituição e nas leis, que o advogado esteja presente desde o momento do interrogatório no flagrante. Afinal, o depoimento do suspeito ou réu é parte de sua defesa. E, como tal, deve ser avaliada e instruída por seu advogado. Compare-se, portanto, o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, no aresto adiante transcrito, com o anterior, manifestado sobre a presença do advogado na fase de inquérito:

> 1. A Constituição assegura aos acusados a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes e, para dar efetividade e este direito fundamental, determina que o Estado prestará assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LV, 2ª parte, e LXXIV), além de determinar que a União e o entes federados tenham Defensoria Pública, que "é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, erigida como órgão autônomo da administração da justiça, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados (art. 134 e pár. único). Estas disposições afastam definitivamente o mito da defesa meramente formal, ou da aparência da defesa judicial dos necessitados, como ilação que já foi extraída da letra do art. 261 do CPP (nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor). É, pois, dever do Defensor Público esgotar os meios que garantam a ampla defesa do necessitado. 2. Apesar da previsão de que os recursos são voluntários (CPP, art. 594) e de que a ampla defesa estaria resguardada com a intimação da sentença às partes, o art. 392 do CPP, vem sendo interpretado no sentido de exigir a intimação do réu preso e do seu advogado ou defensor, em homenagem ao referido princípio. 3. É curial que a manifestação da vontade de não recorrer, dada por réu necessitado, deve ser assistida pela defesa técnica, principalmente em casos como o presente, em que o paciente é menor, pobre, analfabeto, reside em bairro distante, trabalha como engraxate no centro da cidade e assinou a rogo a intimação da sentença condenatória e a desistência do direito de recorrer; além disto, não haverá prejuízo para o paciente porque o apela interposto não poderá agravar a situação, eis que vedada a reformatio in pejus. Precedentes[551].

---

[550] STF – RECR 136.239 – SP – 1ª T. – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 14.08.1992.
[551] STF – HC 76.526-3 – 2ª T. – Rel. Min. Maurício Corrêa – DJU 30.04.1998 – p. 10.

Correto o Supremo ao afirmar que “Estas disposições afastam definitivamente o mito da defesa meramente formal, ou da aparência da defesa judicial dos necessitados”, sendo exigível, como lhe parece “curial que a manifestação da vontade” não apenas de não recorrer – mas especialmente de confessar, completamos nós, quando for “dada por réu necessitado, deve ser assistida pela defesa técnica, principalmente em casos ... em que o paciente é menor, pobre, analfabeto, reside em bairro distante”.

Luigi Ferrajoli já advertia no sentido de que

> [...] pouco importa que no processo penal o interrogatório judicial esteja limitado pelas mil garantias da defesa se nem sempre se admite, e assim ocorre na Itália, a intervenção do defensor desde o primeiro contato do suspeito com a polícia ou com a acusação pública.[552].

Quanto à recomendação para haver gravação em vídeo de interrogatórios e confissões, essa cautela tem sido instrumento utilizado para refrear abusos de autoridades. Como não há obrigatoriedade na lei atual, sua imposição exigiria ou iniciativa dos próprios Executivos estaduais (e do Executivo federal, no que diz respeito às polícias federais), ou lei nacional, para todas as polícias.

7.4 Recomendação 9 Alegação de tortura: inversão ônus prova

[552] FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Madrid: Editorial Trotta, 2000. p. 763. Tradução nossa. Na versão espanhola, consultada: [...] poco importa que en el proceso penal el interrogatorio judicial esté limitado por las mil garantías de la defensa si después no siempre se admite, y así ocurre en Italia, la intervención del defensor desde el primer contacto del sospecho com la policía o con la acusación pública.

9. Nos casos em que as denúncias de tortura ou outras formas de maus tratos forem levantadas por um réu durante o julgamento, o ônus da prova deveria ser transferido para a promotoria, para que esta prove, além de um nível de dúvida razoável, que a confissão não foi obtida por meios ilícitos, inclusive tortura ou maus tratos semelhantes.

Há um princípio geral de direito que determina que a prova deva ser produzida por quem estiver em melhores condições de fazê-lo. Ora, a polícia está em melhor condições que o particular de demonstrar que colheu um depoimento sem opressão e tortura. Pode chamar um advogado para assistir ao depoimento. Pode requisitar exame de corpo de delito antes e depois do interrogatório. Pode gravar o depoimento. Pode apresentar a pessoa detida ou presa à autoridade judicial.

No direito inglês, a matéria é tratada sob a rubrica *exclusion of admissible evidence*. O artigo 76 (2) da *Police and Criminal Evidence Act 1984* diz que

> Se em qualquer procedimento em que a acusação propõe dar como prova a confissão feita por um acusado, for alegado à corte que a confissão foi ou pode ter sido obtida – a) com opressão da pessoa que a fez; [...] a corte não admitirá que a confissão seja dada como prova contra o confitente, a menos que a acusação prove à corte, além da dúvida razoável, que a confissão (não obstante possa ser verdadeira) não fora obtida do modo como fora alegado. [553]

Dito de outra forma, ainda que os fatos confessados sejam verdadeiros, se houver alegação de que a confissão foi obtida mediante pressão indevida (especialmente mediante tortura), a prova só será aceita se a acusação provar para além de dúvida razoável, que foi obtida licitamente, sem qualquer pressão indevida. Disso se conclui

---

[553] HUTTON, Glenn; JOHNSTON, David. **Evidence and Procedure**. London: Blackstone, 2002. p. 199. Tradução nossa. No original: If in any proceedings where the prosecution proposes to give in evidence a confession made by an accused person, it is represented to the court that the confession was or may have been obtained – (a) by oppression of the person who made it; ... the court shall not allow the confession to be given in evidence against him except in so far as the prosecution proves to the court beyond reasonable doubt that the confession (notwithstanding that it may be true) was not obtained aforesaid.

que a gravação de depoimentos termina sendo de muita utilidade para a própria polícia e para a justiça.

7.5 Recomendação 10 Investigação prontamente, exame padrão conduta

10. As queixas de maus tratos, quer feitas à polícia ou a outro serviço, à corregedoria do serviço policial ou a seu ouvidor, ou a um promotor, deveriam ser investigadas com celeridade e diligência. Em particular, importa que o resultado não dependa unicamente de provas referentes ao caso individual; deveriam ser igualmente investigados os padrões de maus tratos. A menos que a denúncia seja manifestamente improcedente, as pessoas envolvidas deveriam ser suspensas de suas atribuições até que se estabeleça o resultado da investigação e de quaisquer processos judiciais ou disciplinares subseqüentes. Nos casos em que ficar demonstrada uma denúncia específica ou um padrão de atos de tortura ou de maus tratos semelhantes, o pessoal envolvido deveria ser peremptoriamente demitido, inclusive os encarregados da instituição. Essa medida envolverá uma purgação radical de alguns serviços. Um primeiro passo nesse sentido poderia ser a purgação de torturadores conhecidos, remanescentes do período do governo militar. (grifo nosso)

A recomendação é auto-explicativa: se não há órgão independente de investigação, não há como obter prova da prática da tortura. Um detalhe curioso é que o torturado, que é suspeito de praticar delitos (ordinariamente de pequena monta), não tem em seu favor a garantia de ser processado dentro da lei. Ao contrário, confissões e informações são extraídas fora da lei, com o uso de força e violência. Já o torturador goza das prerrogativas do contraditório e da ampla defesa (é preciso que goze, claro). Mas termina gozando não só dessas prerrogativas legais, como também de privilégios ilegais, como a imunidade de não ser investigado, por *esprit de corps*.

Quanto ao aspecto administrativo, no que respeita ao afastamento, à suspensão temporária e à demissão, sendo o Brasil um Estado Federal, cada um dos 26 Estados federados e o Distrito Federal tem sua estrutura administrativa própria, o que implica que cada um deles tem autonomia para estabelecer mecanismos de punição próprios.

No âmbito da administração federal, é previsto o afastamento administrativo preventivo do servidor suspeito de praticar grave irregularidade. A matéria vem regida na Lei 8.112/90 (Regime Jurídico Único dos Funcionários da União), cujo art. 147 determina:

> Como medida cautelar e a fim de que o servidor não venha a influir na apuração da irregularidade, a autoridade instauradora do processo disciplinar poderá determinar o seu afastamento do exercício do cargo, pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, sem prejuízo da remuneração.
> Parágrafo único. O afastamento poderá ser prorrogado por igual prazo, findo o qual cessarão os seus efeitos, ainda que não concluído o processo.

Os Estados membros da Federação costumam adotar regras semelhantes para seus servidores.

Além disso, o artigo 1º, § 5º, da Lei 9.455/97 prevê o afastamento como resultado da condenação: “A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada”.

7.6 Recomendação 12 Denunciar por tortura; Recomendação 13 Investigação por órgão independente

12. Os promotores deveriam formalizar acusações nos termos da Lei Contra a Tortura de 1997, com a freqüência definida com base no alcance e na gravidade do problema, e deveriam requerer que os juízes apliquem as disposições legais que proíbem o uso de fiança em benefício dos acusados. Os Procuradores Gerais, com o apoio material das autoridades governamentais e outras autoridades estaduais competentes, deveriam destinar recursos suficientes, qualificados e comprometidos para a investigação penal de casos de tortura e maus tratos semelhantes, bem como

para quaisquer processos em grau de recurso. Em princípio, os promotores em referência não deveriam ser os mesmos que os responsáveis pela instauração de processos penais ordinários.

13. As investigações de crimes cometidos por policiais não deveriam estar sob a autoridade da própria polícia. Em princípio, um órgão independente, dotado de seus próprios recursos de investigação e de um mínimo de pessoal – o Ministério Público – deveria ter autoridade de controlar e dirigir a investigação, bem como acesso irrestrito às delegacias de polícia.

Como as recomendações 12 e 13 estão intrinsecamente relacionadas, serão comentadas em conjunto.

O relator especial concluiu que "os poderes exorbitantes dos delegados de polícia no que diz respeito à realização de investigações tornam a maioria das investigações externas excessivamente dependentes de sua boa vontade e cooperação."[554] Ele enxerga no Ministério Público a instituição em condições de realizar investigação – controlando-a e dirigindo-a.

O perfil do Ministério Público, com a Constituição de 1988, em muito se expandiu. E, ao lado de manter-se como titular da ação penal, ganhou relevo seu papel de órgão de controle externo da polícia. Isso implica o desempenho, pelo Ministério Público, de funções de investigação, distintas e desvinculadas do inquérito policial, que é presidido por um delegado. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacificado no sentido da

> [...] dispensabilidade do inquérito policial para propositura de ação penal pública, podendo o *Parquet* realizar atos investigatórios para fins de eventual oferecimento de denúncia, **principalmente quando os envolvidos são autoridades policiais, submetidos ao controle externo do órgão ministerial**[555]. (grifo nosso).

[554] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direitos Humanos. **Relatório sobre a tortura no Brasil.** E/CN. 4/2001/66/Add. 2. Disponível em: <http://www.rndh.gov.br/>. Acesso em: 8 jan. 2005. Parágrafo 164.

[555] STJ – RHC 11670 – RS – 6ª T. – Rel. Min. Fernando Gonçalves – DJU 04.02.2002 – p. 00551.

O STJ decidiu, ainda, que em tais atos investigatórios, realizados pelo Ministério Público, este pode requisitar informações e documentos a fim de instruir seus procedimentos administrativos, visando a eventual oferecimento de denúncia. Os órgão da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes Públicos estão obrigados a atender a requisições ministeriais. E não cabe ao órgão requisitado atribuir-se o direito de escolher o tipo de documentação que deva remeter ao Ministério Público, sob pena de inconcebível inversão de valores e de situações[556].

Ainda é o STJ que considera que, segundo a moldura do art. 129, da Carta Magna, dentre as diversas funções institucionais do Ministério Público destaca-se aquela de promover, privativamente, a ação penal e exercer o controle externo da atividade policial, podendo, para tanto, expedir notificações, requisitar diligências investigatórias e exercer outras funções, desde que compatíveis com sua finalidade. Pelo que não constitui constrangimento ilegal a expedição de notificação pelo Ministério Público para ser o paciente ouvido em procedimento investigatório onde se apura conduta que, em tese, configura abuso de autoridade[557].

Finalmente, também assentou o STJ que "diligências necessárias que não afetam a liberdade e a privacidade das pessoas podem ser realizadas diretamente pelo Ministério Público para a eventual preparação de ação." Conseqüentemente, não há que se falar em "ameaça na intimação para comparecimento dos pacientes não há que se falar em constrangimento ilegal"[558].

Essa última decisão leva à seguinte reflexão: diligências necessárias que afetam a liberdade e a privacidade das pessoas não podem ser realizadas diretamente pelo Ministério Público para a eventual preparação de ação sem a intervenção do Judiciário. Quando afetarem a liberdade e a privacidade das pessoas, dependerão de ordem judicial anterior.

---

[556] STJ – RHC – 11888 – MG – 5ª T. – Rel. Min. Gilson Dipp – DJU 19.11.2001 – p. 00291.
[557] STJ – RHC – 10225 – DF – 6ª T. – Rel. Min. Vicente Leal – DJU 24.09.2001 – p. 00342.
[558] STJ – RHC 10403 – DF – 5ª T. – Rel. Min. Felix Fischer – DJU 26.03.2001 – p. 00436.

O Ministério Público tem atribuições jurídicas para investigar. O passo seguinte é agregar competência técnica e determinação institucional. Para tanto, é necessário investir na capacitação de membros do Ministério Público para conhecer a dinâmica em que a tortura se realiza e identificar estratégias de intervenção em todas as fases do processo.

Como se analisará mais adiante, nas conclusões, as recomendações do relator especial são fortemente dirigidas para implementação de mecanismos de prevenção da tortura. A eficácia dos mecanismos de prevenção permitirá não apenas a redução de sua prática, mas igualmente a construção de caminhos para a produção de prova de boa qualidade, que possam resultar em casos consistentes e fundamentados, que gerem condenação. E, com isso, fechando o ciclo de impunidade.

Como as alegações de tortura costumam surgir em processos em que pessoas suspeitas de cometimento de delito são submetidas a violência, o Ministério Público, titular da ação penal, também será responsável por requerer peças do processo para instaurar procedimento para apuração da alegada tortura. Isso pode produzir o que o Procurador Geral da República reconheceu como "conflito de interesses". Daí a recomendação do relator especial para que promotores em referência não deveriam ser os mesmos que os responsáveis pela instauração de processos penais ordinários.

O fortalecimento do papel investigatório do Ministério Público não deve significar ausência de ênfase no papel importante que corregedorias e ouvidorias de polícia podem desempenhar.

7.7 Recomendação 14 Juiz de Instrução

14. Os níveis federal e estaduais deveriam considerar positivamente a proposta de criação da função de juiz investigador, cuja tarefa consistiria em salvaguardar os direitos das pessoas privadas de liberdade.

A exigüidade de tempo e a ausência de reflexões anteriores sobre a matéria impedem antecipar análise mais detida sobre o assunto. É necessário observar que o tema não é inteiramente desconhecido do Judiciário brasileiro. A legislação eleitoral, por exemplo, confere muitos poderes investigatórios ao Corregedor do Tribunal Regional Eleitoral, para atuar contra abuso de poder político e econômico, contra uso indevido de veículos de comunicação social etc., quando puderem influir desproporcionalmente no resultado legítimo das eleições.

Mas tal não foi admitido, para a atuação judicial em geral. A Lei 9.034, de 3 de maio de 1996, que dispôs sobre meios operacionais para prevenção e repressão a ações praticadas por organizações criminosas, previu, em seu art. 3º, a possibilidade de algumas diligências serem realizadas diretamente pelos juízes, para preservação do sigilo constitucional. A matéria, contudo, foi submetida ao Supremo Tribunal Federal, por se entender que tal norma comprometia o sistema acusatório adotado pelo Brasil. O Ministro Maurício Correia, expressando o pensamento da Suprema Corte, decidindo a ADI 1570 DF [559], em seu voto, disse que "o dispositivo em questão parece ter criado a figura do juiz de instrução, que nunca existiu na legislação brasileira", considerando ainda que "a legislação atribuiu ao juiz as funções de investigador e inquisidor, atribuições essas conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil", pelo que "revela-se incompatível com o sistema acusatório atualmente em vigor, que veda a atuação de ofício do órgão julgador".

[559] STF ADI 1570 DF – Rel. Min. Maurício Correia. Julg. 12.02.2004. Disponível no site www.stf.gov.br/jurisprudencia.

7.8 Recomendação 15 Judiciário monitorando condições prisionais

15. Se não por qualquer outra razão que não a de pôr fim à superlotação crônica dos centros de detenção (um problema que a construção de mais estabelecimentos de detenção provavelmente não poderá resolver), faz-se imperativo um programa de conscientização no âmbito do Judiciário a fim de garantir que essa profissão, que se encontra no coração do Estado de Direito e da garantia dos Direitos Humanos, torne-se tão sensível à necessidade de proteger os direitos dos suspeitos e, com efeito, de presos condenados, quanto evidentemente o é a respeito da necessidade de reprimir a criminalidade. Em particular, o Judiciário deveria assumir alguma responsabilidade pelas condições e pelo tratamento a que ficam sujeitas as pessoas que o Judiciário ordena permaneçam sob detenção pré-julgamento ou sentenciadas ao cárcere. Em se tratando de crimes ordinários, o Judiciário, nos casos em que existirem acusações alternativas, também deveria ser relutante em: proceder a acusações que impeçam a concessão de fiança, excluir a possibilidade de sentenças alternativas, exigir custódia sob regime fechado, bem como em limitar a progressão de sentenças.

Essa recomendação está em consonância com as idéias democráticas de um sistema punitivo com ênfase para penas alternativas, às de encarceramento, sendo estas de serem reservadas às situações de pessoas autoras de delitos mais graves, ou que possuam conduta anti-social incompatível com o convívio com suas comunidades.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos já fizera, em 1997 (portanto, cinco anos antes da vinda do relator especial contra a tortura), uma visita ao Brasil, em que também identificou problemas de superpopulação carcerária. Suas recomendações à época foram:

4.14. CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES

4.14.1. Aplicação de medidas carcerárias

Sejam adotadas todas as medidas adequadas para melhorar a situação de seu sistema penitenciário e o tratamento que os presos recebem, para cumprir plenamente as disposições de sua Constituição e leis, bem como os tratados internacionais de que o Estado brasileiro é signatário. Sob esse aspecto, recomenda-se que se apliquem efetivamente como instrumento-guia as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos e as Recomendações Relacionadas das Nações Unidas.

4.14.2. Condições carcerárias físicas

Seja consideravelmente ampliada a capacidade de vagas do sistema penitenciário, com o objetivo de solucionar o grave problema atual de superpopulação e, simultaneamente, sejam criadas condições de abrigo físico, higiene, trabalho e recreação de acordo com as normas internacionais.

4.14.3. Assistência judicial

Sejam adotadas todas as medidas necessárias para a prestação de uma assistência jurídica real, efetiva e gratuita aos que dela necessitem e não tem como pagá-la durante todas as etapas do processo judicial.

Sejam concedidos e reconhecidos de maneira eficaz e oportuna aos presos os benefícios e privilégios a que têm direito nos termos da lei, em particular quanto à redução de penas, a indultos, a visitas familiares etc.

Sejam acelerados os processos judiciais que mantêm em reclusão réus não condenados e sejam libertados os que cumpriram o máximo autorizado legalmente.

Sejam efetivamente consagradas na legislação normas referentes ao cumprimento alternativo de penas.

7.9 Recomendação 19 Unificação das polícias

19. A polícia deveria ser unificada sob a autoridade e a justiça civis. Enquanto essa medida estiver pendente, o Congresso pode acelerar a apreciação do projeto de lei apresentado pelo Governo Federal que visa transferir para tribunais ordinários a jurisdição sobre crimes de homicídio, lesão corporal e outros crimes, inclusive o crime de tortura cometida pela polícia militar.

Essa é certamente uma das recomendações que produzirá mais polêmicas e controvérsias. Pensando na unificação, o relator especial concebe uma polícia que

exerça a manutenção da ordem (policiamento ostensivo) e exerça funções de investigação sem brutalidade. Imagina, portanto, uma polícia em uniforme (ostensiva), com disciplina e sujeição à lei. Pensa em aliar as vantagens da polícia militar – fardada, ostensiva, com maior disciplina que a civil – às vantagens da polícia civil – subordinação a civis, inclusive tribunais. Isso facilitaria até o processo de seu monitoramento externo e controle. Como observou no § 164, do relatório, o perito da ONU concluiu que "o atual sistema policial dividido torna muito difícil o monitoramento externo da polícia militar, o órgão mais freqüentemente responsável pelas prisões em flagrante delito".

Algumas alternativas a essa recomendação incluem a chamada polícia comunitária e a integração entre polícias, em que os trabalhos são desenvolvidos por unidades da polícia militar e civil, funcionando em um mesmo lugar e com ampla participação da comunidade.

Embora não se possa dizer que, diante da realidade brasileira, este ou aquele modelo seja o ideal, essencial é manter na agenda política a discussão sobre o modo como as polícias operam e a necessidade de sua transformação, para que o que os diferencie dos bandidos não seja a farda ou a jaqueta, mas a observância da lei.

7.10 Recomendação 21 Exame por um médico

Essa recomendação já foi analisada a fls. 305. A referência relevante, ao momento, é para mencionar que o exame médico, por parte da pessoa presa ou detida, tanto serve como fator que dificulta a prática da tortura quanto aumenta o risco de punição.

7.11 Recomendação 22 - Independência da perícia médica

Também a recomendação 22 foi analisada anteriormente (fls. 309). Do mesmo modo que a Recomendação 21, a independência da perícia médica permite que o exame médico registre verazmente o estado em que se encontrar a pessoa presa ou detida, submetida a exame. Desse modo reforça a condição mencionada na apreciação da Recomendação 21, qual seja, de que serve como fator que dificulta a prática da tortura ao tempo em que aumenta o risco de punição.

7.12 Recomendação 24 Monitoramento externo do sistema

24. É preciso que haja uma presença de monitoramento permanente em toda instituição dessa natureza e em estabelecimentos de detenção de menores infratores, independentemente da autoridade responsável pela instituição. Em muitos lugares, essa presença exigiria proteção e segurança independentes. (grifo nosso)

Essa recomendação está no cerne de toda a teoria das oportunidades para a prática de delitos. É a ausência de vigilância sobre os alvos que propicia a prática de delitos predatórios, a tortura incluída.

Todos os organismos internacionais, supra-governamentais ou não-governamentais, de combate à tortura colocam o monitoramento das condições de detenção e das condições prisionais como item necessário para efetivo controle daquela prática. A existência de monitoramento tanto dificulta a prática do delito, quanto aumenta o risco de sua punição.

O monitoramento tem outra particularidade: confere visibilidade ao exercício do poder, e permite transparência. Tais são da essência da democracia.

A decisão deu-se em recurso em *habeas data*. Mas a proclamação tem alcance muito mais abrangente e ilumina o modo como a recomendação do relator especial

deve ser compreendida. Naquele caso, mas certamente valendo para muitos outros, o Supremo Tribunal Federal afirmou que

> A Carta Federal, ao proclamar os direitos e deveres individuais e coletivos, enunciou preceitos básicos, cuja compreensão é essencial à caracterização da ordem democrática como um regime do poder visível. O modelo político-jurídico, plasmado na nova ordem constitucional, rejeita o poder que oculta e o poder que se oculta. Com essa vedação, pretendeu o constituinte tornar efetivamente legítima, em face dos destinatários do poder, a prática das instituições do Estado [560].

O monitoramento externo lança luzes onde prevalecem sombras. Embora os olhos da sociedade, muitas vezes, não queiram ver faces de dor, não enxergá-las equivale a permitir que sejam praticados abusos, por parte de quem tem o dever de exercer o poder de punir.

Por outro lado, os comentários feitos à recomendação 18 aplicam-se à recomendação 24.

7.13 Recomendação 26 Federalização dos crimes contra os direitos humanos

26. **Deve ser apreciada a proposta de emenda constitucional que permitiria, em determinadas circunstâncias, que o Governo Federal solicitasse autorização do Tribunal de Recursos (Superior Tribunal de Justiça) para assumir jurisdição sobre crimes que envolvam violação de direitos humanos internacionalmente reconhecidos. As autoridades federais do Ministério Público necessitarão de um aumento substancial dos recursos a elas alocados para poderem cumprir efetivamente a nova responsabilidade.** (grifo nosso).

A dita federalização dos crimes contra os direitos humanos tem sido preocupação recorrente dos órgãos internacionais de monitoramento. Nigel Rodley já observava, no início do seu relatório, o enorme poder de que gozam os governos estaduais. Se, por um lado, tem havido consistentes esforços do governo federal em tornar eficazes

---

[560] RHD 22/91-DF, julg. 19.9.91, TP, Rel. Min. Celso de Mello.

os instrumentos de proteção aos direitos humanos, os Estados da Federação não têm acompanhado os esforços no mesmo ritmo.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em seu relatório já referido, observou que

> [...] de acordo com o artigo 28 da Convenção Americana, quando se trate de um Estado Parte constituído como Estado Federal, o governo nacional tem a obrigação de 'cumprir todas as disposições da Convenção relacionadas com as matérias sobre as quais exerce jurisdição legislativa e judicial' (parágrafo 1). Quando se trate da 'jurisdição das entidades componentes da federação', o governo nacional tem a obrigação de "tomar de imediato as medidas pertinentes, de acordo com sua constituição e suas leis, a fim de que as autoridades competentes de tais entidades possam adotar as disposições cabíveis para o cumprimento da Convenção (parágrafo 2).

Em tese, a Constituição permite a intervenção federal no Estado, quando houver violação de direitos humanos. Mas o tema não é fácil, porque transborda para a esfera dos interesses político-eleitorais, impedindo, muitas vezes, que se faça mais eficaz a luta em favor dos direitos humanos. O recente episódio envolvendo a intervenção no Estado do Espírito Santo dá bem a medida do problema.

Por outro lado, não se deve transformar a federalização dos crimes contra os direitos humanos em panacéia para todos os males. Veja-se, por exemplo, já ser da competência federal a intervenção em muitos aspectos criminais (alguns crimes contra os índios e outras minorias, alguns crimes ambientais, tráfico internacional de entorpecentes etc), e tanto a polícia federal quanto o próprio Ministério Público Federal não se têm mostrado inteiramente aparelhados para lidar com essas questões.

No que se refere à tortura, não se perca de vista a quantidade de instrumentos jurídicos já disponíveis ao Ministério Público Federal, sem que estejam sendo utilizados.

Tal federalização terminou por ocorrer, com o advento da Emenda Constitucional 45, de dezembro de 2004.

O Congresso Nacional promulgou, em dezembro de 2004, a EC Nº 45, de 8/12/2004, que introduziu relevantes modificações na Constituição Federal. De interesse para o nosso estudo, as modificações introduzidas no art. 109, inciso V – A:

> Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:
> V-A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo;
> § 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos, dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

Essa emenda produziu o que se convencionou chamar de "federalização" das graves violações aos direitos humanos.

Algumas observações podem ser feitas: não é toda e qualquer violação de direitos humanos que fundamenta o incidente de deslocamento, mas unicamente uma ocorrência grave; ainda, é necessário que tal grave ocorrência implique violação a tratados internacionais de direitos humanos; finalmente, é necessário demonstrar que a Justiça dos Estados membros não pode assegurar cumprimento das obrigações internacionais.

Verificados tais pressupostos, estará autorizado o Procurador-Geral da República, em qualquer fase do inquérito ou processo, a suscitar incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal perante o Superior Tribunal de Justiça.

O Procurador Geral da República já inaugurou o procedimento, suscitando incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal, no caso em que a missionária americano-brasileira irmã Dorothy Stang foi brutalmente assassinada no Estado do Pará, por pistoleiros, a paga de fazendeiros da região.

As associações dos magistrados estaduais, e dos Ministérios Públicos dos Estados, por sua vez, ingressaram com ação direta de inconstitucionalidade, argüindo vícios na Emenda Constitucional, especialmente por conter expressões vagas e lacunosas, que importam em ferir o princípio federativo, com atribuição precisa das competências aos vários entes que compõem o Estado Federal.

Não será aqui e agora o momento para aprofundar questões que certamente merecem ser levantadas: É possível definir o que seja uma grave violação de direitos humanos? Neste caso, a quem incumbe mensurar o grau de gravidade? Há critérios de mensuração? Sendo a violação grave forma de descumprimento de obrigações assumidas em tratados internacionais de direitos humanos, é possível obter dos órgãos de monitoramento de tais tratados balizamentos, acerca de que ocorrências constituiriam grave violação a direitos humanos? Quando se condiciona o deslocamento à ausência de garantia no âmbito do Estado, isto atinge todos os órgãos do assim chamado sistema de justiça e segurança (polícias, ministério público, justiça)? Uma vez superada a assim chamada “fase policial”, que fatores seriam especificamente atribuíveis ao Ministério Público e ao Judiciário, de modo a autorizar o deslocamento de competência? No que interessa ao nosso estudo, sempre casos de tortura são de ser considerados graves violações, a ensejar

federalização, caso os estados não investiguem, ou não revelem vontade ou capacidade de levar às barras dos Tribunais os agentes suspeitos de sua prática?

Embora tais indagações devam ser respondidas em outro momento, já fica evidente a estreita vinculação entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito constitucional no Brasil, e o caráter vinculante daquele, que impõe condutas a todos os órgãos dos poderes do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário), em todas as esferas da federação (União, Estados Membros e Distrito Federal, e Municípios).

7.14 Recomendação 28 Direito de petição individual ao CAT

28. O Governo deveria considerar séria e positivamente a aceitação do direito de petição individual ao Comitê contra a Tortura, mediante a declaração prevista nos termos do Artigo 22 da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Punições Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

Esse é um fato positivo. O Brasil já assinou o Protocolo à Convenção contra a Tortura, aceitando petições individuais. A matéria está agora pendente de ratificação pelo Congresso Nacional.

Um aspecto positivo é a possibilidade de visitas do Comitê ao Brasil, e também a obrigatoriedade do Estado brasileiro estabelecer mecanismos de visitas periódicas a estabelecimentos penais, centros de detenção e unidades de internação coletiva. Tudo isso reforça a centralidade dos mecanismos de monitoramento e vigilância.

7.15 Recomendação 29 Convite ao Relator Especial para Execuções Sumárias

29. Solicita-se ao Governo a considerar convidar o Relator Especial sobre Execuções Extrajudiciais, Sumárias ou Arbitrárias a visitar o país.

Esse é outro ponto positivo. O Governo do Brasil depositou uma *standing invitation* – convite permanente – a todos os relatores especiais da ONU. Na prática, isso significa que, sempre que qualquer relator especial temático das Nações Unidas desejar visitar o Brasil, só precisa agendar a data da visita, porque todos já são de se considerar convidados a visitar o país.

Vários relatores visitaram o Brasil antes da vinda do relator especial contra a tortura. E depois deste, veio, em março de 2002, o Relator Especial para o Direito à Alimentação, Jean Ziegler.

A Relatora Especial para Execuções Extrajudiciais e Sumárias realizou visita ao Brasil, em Setembro de 2003. Produziu relatório relevante.

A Recomendação deixa clara a existência de relação entre execuções sumárias, arbitrárias, extrajudiciais e desaparecimentos involuntários e forçados. Pronunciamentos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos reconhecem que, em situações de execuções sumárias, arbitrárias e extrajudiciais, bem assim de desaparecimentos involuntários e forçados, a vítima terá sido submetida a tortura, não apenas por atos específicos de imposição de violência deliberada e motivada, mas igualmente porque a própria situação de abdução e detenção arbitrária, à margem da lei, e conducente à execução, carrega em si forte carga de tortura psicológica. É ilustrativa a manifestação proferida em caso envolvendo o Peru:

> A prática de desaparecimento forçado ou involuntário de pessoas tem sido qualificado pela comunidade internacional como um crime contra a humanidade que viola direitos humanos fundamentais, tais como liberdade

> pessoal, direito a tratamento humano, direito a julgamento justo e a um devido processo legal, também incluindo o direito à vida.[561]

No que pertine à aplicação da teoria das oportunidades para a prática de delito, a Recomendação chama a atenção para problema que possa haver com o deslocamento de uma determinada prática delituosa – a tortura - em razão da redução das oportunidades para a prática de determinado delito, transformando-a em outra prática – a execução sumária.

[561] Comissão Interamericana de Direitos Humanos. REPORT Nº 1/96. CASE 10.559. PERU. Decided March 1, 1996. Disponível em http://www.oas.org/main/main.asp?sLang=E&sLink=http://www.oas.org/OASpage/humanrights.htm acesso em 6 de março de 2006. Tradução nossa. No original: The practice of forced or involuntary disappearance of persons has been qualified by the international community as a crime against humanity that violates fundamental human rights such as personal liberty, the right to humane treatment, the right to fair trial and to due process, and also including the right to life.

8. Redução de recompensa

Reduzir as recompensas do crime de tortura pode significar retirar do acesso dos perpetradores suas pretensas vítimas, identificar claramente os responsáveis pelas prisões e interrogatórios, reduzir a tentação, pela introdução de obstáculos, e negar os benefícios.

São medidas dirigidas para a redução da recompensa da prática da tortura as contidas na Recomendação 1 - Afeta promoção na carreira; Recomendação 8 - Confissão só com advogado (gravação em vídeo); Recomendação 9 - Alegação de tortura: inversão ônus; e Recomendação 10 - Suspensão das funções dos envolvidos.

Não se renovará o exame dessas recomendações, as quais foram comentadas, respectivamente, a fls. 312, 316, 319 e 320.

O que vale à pena observar é que, se, na maioria das vezes, a tortura costuma ser praticada para obter confissão ou informação, ou como forma de castigo, não admitir a validade de uma confissão, a menos que esta seja feita na presença de um advogado é modo de reduzir a recompensa. Também, transferir para o órgão de acusação o ônus de provar que a confissão foi obtida espontaneamente, sem qualquer coação, é modo de reduzir tal recompensa pela confissão. Finalmente, se, invés de se promover o agente público que, a pretexto de combater a criminalidade, pratica a tortura, suspende-o das funções, ou impede sua progressão funcional, tais fatores servem como redutores da recompensa, fazendo com que o perpetrador da tortura comece a pensar que não vale à pena – não compensa – torturar.

9. Remoção de desculpas

Remover desculpas para a prática do crime pode ser materializado pela definição de regras, conscientização, controle dos desinibidores e auxílio à observância. Quem pratica tortura procura esconder-se sob a desculpa de que age em defesa da sociedade, contra quem violou o pacto social, e se colocou à margem da lei. Sintetiza essa compreensão um slogan muito freqüente em determinados setores dos organismos de segurança: “direitos humanos para humanos direitos”. Ou, como se dizia na época da ditadura militar, “Contra a Pátria não há direitos”.

Ou seja, a racionalidade do torturador faz com que ele encontre justificativa para suas ações na crença de que age em defesa de interesses da sociedade. Daí que atuam como medidas para remoção de desculpas as Recomendações 1 Declaração contra a tortura pelos altos escalões; 16 Descriminalização do desacato; 19 Unificação das polícias; 20 Delegacias: serviço ao público; 23 Redução superpopulação carcerária; 25 Capacitação e treinamento servidores; 27 Financiamento federal para adequar sistema; 30 Fundo Voluntário da ONU para vítimas convidado a assistir o Governo brasileiro.

As Recomendações 1, 16, e 19 já foram objeto de análise (fls. 312, 295 e 327, respectivamente).

9.1 Recomendação 20 Delegacias: serviço ao público

20. As delegacias de polícia deveriam ser transformadas em instituições que ofereçam um serviço ao público. As delegacias legais implementadas em caráter pioneiro no estado do Rio de Janeiro são um modelo a ser seguido.

As delegacias de polícia já cumprem, na sociologia urbana, uma função rica como mediadora de conflitos variados. E também prestam serviços públicos relevantes, de socorro em casos de emergência e necessidade. A recomendação como que

pretende institucionalizar essa face das delegacias de polícia, dotando-as de estrutura para desenvolver funções de atendimento às comunidades em que se inserem. Como observou o relator [562], "As delegacias legais fazem parte de um amplo projeto de construção de delegacias de polícia cuja arquitetura é projetada para ser transparente ao monitoramento externo."

É um modelo ainda em implantação e sem informações suficientes sobre seu funcionamento. Convém levar em conta a sugestão e acompanhar o resultado de sua implantação.

9.2 Recomendação 23 Redução superpopulação carcerária

23. A assustadora situação de superpopulação em alguns estabelecimentos de prisão provisória e instituições prisionais precisa acabar imediatamente; se necessário, mediante ação do Executivo, exercendo clemência, por exemplo, com relação a certas categorias de presos, tais como transgressores primários não-violentos ou suspeitos de transgressão. A lei que exige a separação entre categorias de presos deveria ser implementada.

A questão da superpopulação carcerária é uma em que, ao lado do Poder Executivo, tanto o Judiciário quanto o Ministério Público precisam reconhecer suas parcelas de responsabilidade. Aquele, por não realizar os investimentos necessários na implantação e manutenção de um sistema para cumprimento de penas. Estes últimos, por não se esforçarem em fazer respeitar, de um lado, uma política criminal que dê preferência a penas alternativas à prisão – reservando a pena privativa de liberdade para situações mais graves – de outro, por não realizarem controle sistemático e rigoroso sobre as condições prisionais.

No mais, a recomendação é para que o governo faça o que está escrito: cumpra a lei.

---

[562] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direitos Humanos. **Relatório sobre a tortura no Brasil.** E/CN. 4/2001/66/Add. 2. Disponível em: <http://www.rndh.gov.br/>. Acesso em: 8 jan. 2005. Parágrafo 55.

9.3 Recomendação 25 Capacitação e treinamento servidores

25. É preciso providenciar, urgentemente, capacitação básica e treinamento de reciclagem para a polícia, o pessoal de instituições de detenção, funcionários do Ministério Público e outros envolvidos na execução da lei, incluindo-se temas de direitos humanos e matérias constitucionais, bem como técnicas científicas e as melhores práticas propícias ao desempenho profissional de suas funções. O programa de segurança humana do Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas poderia ter uma contribuição substancial a fazer nesse particular.

A recomendação expressa a confiança no processo educativo como fator de transformação da realidade. Ser confrontado com novos parâmetros normativos – guiados pelo Direito Internacional dos direitos humanos – e identificar boas práticas em experiências exitosas no país e fora dele faz com que se perceba que é possível outra realidade, sem que se faça necessário ter à disposição um rio de recursos materiais. A educação não transforma tudo. Mas sem ela não se transforma nada. Por isso, a educação vem no bojo de várias outras recomendações, em que cada uma das demais é ao mesmo tempo lição e aprendizado, a exigir criatividade para implementar, à luz da realidade sociocultural.

9.4 Recomendação 27 Financiamento federal para adequar sistema

27. O financiamento federal de estabelecimentos policiais e penais deveria levar em conta a existência ou não de estruturas para se garantir o respeito aos direitos das pessoas detidas. Deveria haver disponibilidade de financiamento federal para se implementarem as recomendações acima. Em

particular, A Lei de Responsabilidade Fiscal não deveria ser um obstáculo à efetivação das recomendações.

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, do Ministério da Justiça, editou resolução, que busca, na prática, dar cumprimento a essa recomendação.

A resolução do CNPCP vem assim redigida:

> RESOLUÇÃO CNPCP Nº 2, DE 27 DE MARÇO DE 2001
> (DOU 28.03.2001)
> Estabelece os objetivos a serem alcançados para a obtenção da liberação dos recursos financeiros de competência do Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN.
> O Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), no uso de suas atribuições legais,
> Considerando proposta formulada pelo Departamento Penitenciário Nacional, discutida e deliberada em reunião realizada aos 29 dias do mês de novembro, na cidade de Belém/PA, e
> *Considerando que o sistema penitenciário deve estar em conformidade com a Lei de Execução Penal, resolve:*
> Art. 1º A liberação dos recursos financeiros, de competência do DEPEN, está condicionada à apresentação, pelas Unidades Federativas, dentro de cronograma a ser previamente aprovado pelo órgão, dos seguintes objetivos a alcançar:
> 1. criação de núcleos ou de centros de observação criminológica, nos termos dos arts. 96/98 da Lei de Execução Penal;
> 2. criação do Patronato, nos termos dos arts. 78 e 79 da Lei de Execução Penal;
> 3. criação dos Conselhos da Comunidade previstos nos arts. 80 e 81 da Lei de Execução Penal, que, além das atribuições previstas, fiscalizará a aplicação dos recursos do FUNPEN nos estabelecimentos penais, auxiliando o sistema judicial de execução penal;
> 4. segurança de assistência à saúde, social, educacional, religiosa, material e jurídica, com o estabelecimento de convênios com Universidades, Conselhos Regionais de Medicina, de Psicologia, de Serviço Social ou afins, Ordem dos Advogados do Brasil, organizações não governamentais, entidades religiosas e iniciativa privada;
> 5. garantia de que detentos em acompanhamento clínico terapêutico, sob a custódia dos sistemas penais ou secretarias de segurança, somente serão transferidos se acompanhados de seu prontuário médico, respeitando-se as normas éticas de confidencialidade e para locais onde o tratamento possa ter continuidade;
> 6. implantação de conselhos disciplinares nos estabelecimentos penais, garantindo-se a ampla defesa dos encarcerados, na apuração de fatos considerados graves, com a participação de entidades que promovam a defesa dos direitos humanos na composição dos mesmos;
> 7. o cumprimento da Resolução nº 01, do CNPCP, de 30 de março de 1999, no que dispõe sobre o direito à visita íntima;

> 8. o cumprimento da Resolução nº 01, do CNPCP, de 27 de março de 2000, no que dispõe sobre o procedimento de revista nas pessoas quando do ingresso em estabelecimentos penais;
> 9. o cumprimento da Portaria nº 570, desse Ministério, de 12 de julho de 2000, que dispõe sobre a instalação de instrumentos de segurança, tais como portal de detecção de metais, esteira de Raio X ou assemelhados nas Unidades Prisionais;
> 10. garantia de fornecimento de alimentação adequada aos presos;
> 11. criação de mecanismos e instrumentos que coíbam maus tratos e/ou violação à integridade física e moral dos encarcerados, de familiares e de visitas;
> 12. o cumprimento da Resolução nº 16, do CNPCP, de 12 de dezembro de 1994, que dispõe sobre as DIRETRIZES PARA ELABORAÇÃO DE PROJETOS E CONSTRUÇÃO DE UNIDADES PENAIS NO BRASIL.

O problema é que o CNPCP não se tem ocupado em monitorar e fiscalizar o cumprimento de sua própria resolução. Nada ou quase nada mudou.

O relevante, contudo, é, ao menos, a expressão de aceitação, por parte do Governo Federal, da validade e utilidade da recomendação.

9.5 Recomendação 30 Fundo Voluntário da ONU para vítimas convidado a assistir o Governo brasileiro

30. O Fundo Voluntário das Nações Unidas para Vítimas da Tortura fica convidado a considerar com receptividade as solicitações de assistência por parte de organizações não-governamentais que trabalham em prol das necessidades médicas de pessoas que tenham sido torturadas e pela reparação legal da injustiça a elas causada.

A ONU tem enviado missões técnicas ao Brasil, objetivando cooperação em várias lacionadas a direitos humanos, incluindo combate à tortura, tratamento de presos e administração da justiça, entre outros.

Há necessidade, contudo, de projetos específicos e concretos.

10. Avaliação Crítica Lutando contra a tortura

A primeira observação a ser feita é que as recomendações, contendo medidas ou salvaguardas, não foram objeto de pesquisa empírica específica, para mensurar o grau de comprovação de sua validade, ou seja, as medidas ou salvaguardas contidas nas recomendações não foram testadas enquanto variáveis, dentro da hipótese geral de que seriam eficazes para prevenir e punir a prática da tortura. Daí que a abordagem das mesmas exigiu: a) análise de sua obrigatoriedade – a partir da verificação do caráter vinculativo das mesmas, por amparadas não apenas na palavra do Relator Especial, mas especialmente por significarem a sistematização da interpretação dadas por órgãos internacionais de monitoramento dos direitos humanos a obrigações contidas em tratados internacionais de direitos humanos; e b) apreciação de sua racionalidade, isto é, do fio condutor que explicaria sua adoção, como medidas válidas no esforço de prevenir e combater a tortura.

Quanto ao aspecto do caráter obrigatório ou não das recomendações, foi possível constatar que, em pelo menos 21 das 30 recomendações, estas se revestem de obrigatoriedade, em razão de estarem ou expressamente mencionadas em textos de tratados internacionais de direitos humanos, ou serem interpretação expressa e vinculante daquelas obrigações, assim afirmado pelos órgãos internacionais de monitoramento de tais tratados internacionais, tanto na apreciação de casos individuais, quanto na análise de relatórios periódicos, ao momento da elaboração de observações finais e recomendações, ou, finalmente, quando da edição de comentários gerais.

Das recomendações dirigidas ao aumento de dificuldade para a prática do crime, todas as 13 [563] são vinculantes e obrigatórias.

Das que objetivam ou resultam em aumento do risco para a prática do crime (aumento do risco de punição e responsabilização, ou fatos ou eventos custosos e

[563] R2 Cessar abuso prisão; R3 Só 24 hs nas delegacias; R5 Informação sobre direitos do preso; R6 Registro detalhado da custódia; R7 Prisão provisória não em delegacia; R11 Proteção a vítimas e testemunhas; R15 Penas alternativas à prisão; R16 Penas menores; R17 Defensores públicos desde momento da prisão; R18 Visitas regulares de conselhos ao sistema prisional; R21 Exame por um médico; R22 Independência da perícia médica; R23 Redução da superpopulação carcerária.

danosos), 11 [564] das 16 têm caráter vinculante e obrigatório, enquanto 5 [565] resultam unicamente da experiência pessoal acumulada do Relator Especial, e da especificidade do quadro institucional brasileiro. São recomendações de serem recebidas como sugestões.

Todas as 4 [566] recomendações que objetivam ou resultam em redução recompensa devem ser consideradas vinculantes e obrigatórias.

Finalmente, as que objetivam ou resultam em remoção desculpas, 4 [567] têm caráter obrigatório e vinculante, e 4 [568] são sugestões, sem impositividade.

Por outro lado, comparando as Recomendações do Relator Especial Contra a Tortura, ao Brasil, as recomendações e observações de outros organismos internacionais de monitoramento, governamentais ou não-governamentais, podemos construir o seguinte quadro, do qual se extrairão as conclusões adiante apontadas:

Não que tenha significa omissão grave, já que pode ser tido como implicitamente considerado em algumas recomendações, mas faltou ao Relator Especial explicitar algumas recomendações que já integram o rol das Recomendações Gerais da Relatoria da ONU Contra a Tortura, tais como a previsão de remédios jurídicos para enfrentar a questão da legalidade da prisão/detenção; prevenção da violência entre os presos, com medidas protetivas para os indivíduos e grupos em situações de risco; e indenização e reparação às vítimas de tortura, incluindo restituição, compensação, reabilitação, satisfação e garantias de não repetição.

---

[564] R1 Visitas surpresa, suspensão funções; R4 Acesso dos familiares; R8 Gravação da confissão em video; R9 Alegação de tortura: inversão ônus prova; R10 Investigação prontamente, exame padrão conduta; R12 Denunciar por tortura; R13 Investigação por órgão independente; R15 Judiciário monitorando condições prisionais; R21 Independência do servidor-médico; R22 Independência da perícia médico-legal; R24 Monitoramento externo do sistema

[565] R14 Juiz de Instrução; R19 Unificação das polícias; R26 Federalização dos crimes contra direitos humanos; R28 Direito de petição individual ao Comitê Contra a Tortura CAT; R29 Convite ao Rel. Esp. Para Exec. Sumária.

[566] R1 Afeta promoção na carreira; R8 Confissão só com advogado (gravação em vídeo); R9 Alegação de tortura: inversão ônus; R10 Suspensão das funções dos envolvidos.

[567] R1 Declaração contra a tortura pelos altos escalões; R16 Descriminalização do desacato; R23 Redução superpopulação carcerária; R25 Capacitação e treinamento servidores.

[568] R19 Unificação das polícias; R20 Delegacias: serviço ao público; R27 Financiamento federal para adequar sistema; R30 Fundo Voluntário da ONU para vítimas convidado a assistir o Governo brasileiro.

Referência relevante feita nos trabalhos da Anistia Internacional é a ênfase no monitoramento estrito das situações de uso de força na aplicação da lei, e em especial uso de armas letais. Considerando que muitas das situações de tortura decorrem do confronto de pessoas suspeitas ou em situação de flagrância, no ato de sua captura, a pretexto de "resistência" à prisão, sua omissão merece ser suprida.

Finalmente, o Comitê Europeu Contra a Tortura – CPT e a Organização para a Segurança e Cooperação na Europa – OSCE destacam a relevância de manter rigoroso escrutínio sobre métodos e técnicas de interrogatório. E, embora tenha a questão do interrogatório sido abordada em algumas recomendações, a questão específica de identificar as rotinas e práticas para aplicação de métodos e técnicas de interrogatório não foram previstas nas recomendações do Relator da ONU, ao Brasil.

Inobstante esses aspectos merecedores de comentários, a consistência das Recomendações e o apoio generalizado de que gozam as medidas propostas, evidenciam servirem de norte e diretrizes para política criminal de combate à tortura. Embora não demonstradas em pesquisas empíricas específicas, gozam de forte presunção de validade, em face da rica e plural experiência desses organismos internacionais, de abrangência internacional, ou seja, não são experiências restritas ao universo de Estados em avançado nível de desenvolvimento econômico. Tais experiências são estendidas a todos os Estados-partes das convenções e tratados internacionais, em todas as partes do mundo, englobando, é certo, Estados europeus, mas igualmente latino-americanos, africanos, e asiáticos.

Demonstradas a obrigatoriedade e a racionalidade das recomendações, a conclusão a que se chega é que devem ser consideradas diretrizes para uma política de combate à tortura no Brasil. Sua adoção se revela apta a produzir mudanças no quadro institucional, e aprimorar o processo democrático, e o fortalecimento do Estado de Direito.

Satisfazem os requisitos de servirem de garantias institucionais em um processo penal democrático, assegurando adequado equilíbrio entre exigências possíveis em uma sociedade democrática, e respeito aos direitos humanos individuais. Adotam a

perspectiva da vítima, levando-a em consideração. E devolvem ao Judiciário sua integridade, tão necessária ao Estado de Direito.

CONCLUSÕES

Foi possível perceber que o sistema acusatório corre riscos freqüentes de ser comprometido pelos trabalhos desenvolvidos, ou que deixaram de ser desenvolvidos, no inquérito. Isso se torna mais perceptível quando se percebe que o modelo de investigação, adotado no Brasil, permite se criar o ambiente e as oportunidades para a tortura, além de impedir sua investigação. Isto foi evidenciado pela circunstância de, como regra, as provas serem colhidas inquisitorialmente, sem contraditório. Há fortes traços de continuidade autoritária, herdada da colônia e do império, quando escravos não tinham poder de queixa ou testemunho contra seus senhores. É herança agravada, pois até mesmo no período da Inquisição, prova oral não confirmada em juízo não tinha serventia, enquanto que no Brasil, hoje, a não-confirmação da confissão ou informação em juízo exige de quem se retrata demonstrar falsidade do contido no inquérito, ou provar coação anterior, em um contexto em que advogados estão ordinariamente ausentes do interrogatório policial. Sem falar na concepção, até pouco prevalecente, de que o interrogatório seria "ato de autoridade", com indagações sujeitas unicamente ao escrutínio e arbítrio da autoridade interrogante, fosse ela policial ou judicial.

Some-se a isto o fato de ser, na quase totalidade dos casos, a polícia a decidir quem e o que investigar, o que inclui a prerrogativa de requisitar – ou deixar de requisitar -perícias.

Nada obstante a força e a autoridade da polícia, e o seu poder, na fase inquisitorial, o Judiciário construiu o mito do caráter "meramente" informativo do inquérito. Este mito serviu para desprestigiar os argumentos dos abusos, praticados pela polícia, na fase inquisitorial, que, também, na opinião predominante do Judiciário, não macularíam a fase seguinte, acusatória. Entretanto, a quase absoluta ausência de mecanismos eficazes de controle da atividade policial e dos riscos de abuso confirmam, na prática, que o inquérito policial é a peça informativa básica, suporte para acusação e condenação na quase totalidade dos casos submetidos ao Judiciário.

Pode ser evidenciado que a ausência de salvaguardas efetivas aumenta o risco da incidência da tortura, porque permite a manutenção de ambiente propício à mesma.

Por outro lado, também, restou demonstrado que ausência de compreensão adequada das condutas previstas nas várias hipóteses da Lei nº 9.455/97 produz desclassificação e conduz à impunidade. E eventuais dificuldades conceituais e de obtenção de prova servem como escusas para tal impunidade.

Entretanto, ficou caracterizado que, de longe, o fato mais relevante para explicar a generalizada impunidade, de que gozam os perpetradores da tortura, é atribuir-se ao torturado o ônus de provar a tortura, em contexto de ausência de reconhecimento de ter a vítima direito a uma investigação daquela alegada violação a seu direito. Ser ônus da vítima e não haver investigação resulta em impunidade.

A análise jurisprudencial revelou presença de elementos de racismo e discriminação sistêmica no funcionamento do aparelho de justiça e segurança. Além do conteúdo das decisões referidas, há evidências de o Estado não prover recursos para instituições que devem atender aos despossuídos (defensoria, e.g.). Ainda, juízes e promotores freqüentemente não vêem problemas em descumprirem lei, quanto a direitos de pessoas presas ou detidas. São fatores claramente indicativos de uma continuidade autoritária. Com efeito, o Direito, no Brasil Colônia e no Brasil Império, legitimou a construção de “classes de torturáveis” e classes de “não torturáveis”, os privilegiados, imunes à tortura. A República, por sua vez, pôs os fazendeiros e proprietários no núcleo do poder, tornando o Estado seu instrumento de ação. Assim é que os privilégios da nobreza foram transferidos para a riqueza. Não surpreendentemente, a tortura incide mais sobre pessoas suspeitas de delitos patrimoniais.

Por outro lado, a prática da tortura se revelou racional e eficaz. Pode até significar “disfuncionalidade”, se considerado o funcionamento ideal das polícias. Mas estas terminam sendo movidas por utilitarismo. Esse viés utilitarista e essa racionalidade “disfuncional” estão presentes na prática policial como estiveram na racionalidade

normativa das Ordenações Filipinas, e no Código Criminal do Império, como modo legal de punição. Na ditadura, foi método negado em público e ensinado nos porões.

A tortura é um crime de oportunidade, instrumental, estando presentes relações de poder, com supremacia de forças do torturador e inferioridade física, psicológica, econômica ou jurídica do torturado. É praticada quando um propenso ou potencial agente identifica a presença de oportunidades favoráveis e ausência de vigilância sobre as condutas dos torturadores, em ambiência e situações, em que agressor e vítima se encontravam sendo propensas a fricções e atritos.

É a ausência de mecanismos de fortalecimento da vítima (para torná-la menos vulnerável) e de mecanismos de vigilância e monitoramento das situações propícias à prática da tortura, ou seja, a não efetivação de salvaguardas administrativas e processuais, que permite a tortura ou assegura sua impunidade. E o exame do modo como as normas penais substantivas e adjetivas vêm sendo implementadas revela que o Judiciário, o Ministério Público e os advogados ainda não se deram inteiramente conta do seu imenso papel no combate à tortura.

A vítima da tortura policial raramente está em posição de levar a juízo provas dos atos dos seus algozes, se não houver instituição independente que faça levar adiante investigação séria, imparcial e independente.

Judiciário satisfaz-se em desacreditar as alegações das vítimas, por serem “suspeitos” de delitos. Agrava o quadro, construindo interpretação do tipo penal tortura, ainda, sob influência da figura de meio agravante da pena, equiparado a meio insidioso ou cruel, compreensão que produziu, na jurisprudência, o entendimento de só caracterizar tortura à conduta violenta desencadeada por “sadismo imotivado”, desconsiderando a racionalidade disfuncional da tortura policial. Não sem razão foi chamada de “tese fantástica”, pelo Ministro Francisco Rezek.

Finalmente, não há quase monitoramento e controle quanto às técnicas de interrogatório e confissão.

As Recomendações do Relator contra a Tortura contêm indicativos de medidas aptas a atenderem às exigências percebidas para o combate à essa prática? Dizendo de outro modo, na primeira parte do trabalho [569], observou-se o contexto fático em que a tortura ocorre, suas motivações, seus alvos, seus ambientes. Na segunda parte se observou em que medida a Lei 9.455/97, adotada como instrumento normativo de combate à tortura, seria (in)eficaz naquele combate, por questões internas à própria regra jurídica, mas também pelo modo como o Judiciário a estaria (in)aplicando. As diretrizes contidas nas Recomendações levam em conta esses aspectos, e permitem sua superação?

E possível observar que a instrumentalidade da tortura foi reconhecida pelas recomendações, reconhecendo o papel desempenhado pelas relações de poder, supremacia de forças do torturador e inferioridade física, psicológica, econômica ou jurídica do torturado. Isso é demonstrável a partir do reconhecimento dos propósitos ou motivações existentes para a prática da tortura. Nesse sentido, as recomendações fortemente apostam no fortalecimento da vítima (reconhecimento de seu direito a advogado desde o momento da prisão, direito a exame médico, assegurando suas condições de saúde no momento da prisão e da liberação etc), e no aumento de vigilância sobre o potencial ofensor (visitas externas, permanência da potencial vítima pouco tempo à disposição dos captores etc), além de procurar eliminar oportunidades favoráveis.

[569] Conclusões da parte 1: a tortura sempre foi instrumental, estando presente relações de poder, com supremacia de forças do torturador e inferioridade física, psicológica, econômica ou jurídica do torturado; a tortura era praticada por se fazerem presentes *oportunidades favoráveis,* e *ausência de vigilância* sobre as condutas dos torturadores; a ambiência e as situações em que agressor e vítima se encontravam eram propensas às fricções e atritos; relações pessoais existentes entre que agressor e vítima eram propensas às fricções e atritos; as vítimas da tortura – os "torturáveis" - nunca foram consideradas iguais aos seus carrascos, mas inferiores, menores que humanos, e merecedores do sofrimento ou castigo; as vítimas eram tornadas invisíveis no processo de aplicação dos tormentos: - ou os processos eram secretos até para a vítima, - ou as vítimas eram mantidas em segredo, - ou as vítimas não tinham acesso a recursos jurídicos, - ou todos os fatores em conjunto; as vítimas eram destituídas de poder, sendo presas fáceis nas mãos de seus algozes; a "racionalidade" da aplicação da tortura incluía processo de desumanização da vítima, e colocava-a como ameaça concreta aos valores ou fundamentos da ordem da sociedade que os algozes representavam, sendo legítimo livrar-se da ameaça que representavam; ou eram vistas como portando algo de valor para o agressor (informação, confissão etc.); o medo da ameaça das vítimas e a retaliação pseudo-justiceira agiam como motores para a aplicação dos suplícios; j) o racismo e a ideologia que informam/permeiam o sistema político e normativo influenciará o modo como os órgãos de justiça e segurança atuam para a identificação, prevenção, punição e reparação da tortura.

Igualmente reconhecem ambientes e situações mais propensas às fricções e atritos (xadrezes de delegacias, unidades prisionais e de internamento), bem assim relações pessoais em que agressor e vítima estão mais propensos às fricções e atritos (pessoas suspeitas, conhecidas de investigadores e policiais, por seus antecedentes; pessoa presa, em relação a seus guardiães). As recomendações respondem a tais ambientes e a tais situações monitorando-as mais intensamente, além de procurar reduzir esses encontros.

As Recomendações adotam, também, a perspectiva da vítima, não apenas no sentido do seu fortalecimento, mas especialmente na direção de sua não revitimização (valorizando o princípio da presunção de inocência e do direito de não depor contra si; da garantia de informação sobre seus direitos, inclusive de ser acompanhada por advogado etc). Conduzem à eliminação da idéia de classe de "torturáveis", ao considerá-las dignas de fruição de todos os direitos humanos, merecedoras do reconhecimento e respeito a seus direitos. A visibilidade e protagonismo conferidos às vítimas somam-se à expressão abolição da "racionalidade" da aplicação da tortura: impõem as recomendações o dever de declararem as altas autoridades seu repúdio à tortura, vindo tal declaração acompanhada de atos concretos – investigação das alegações, afastamento e punição dos culpados, não promoção na carreira. As recomendações apontam, também, para a remoção das desculpas, a partir da afirmação categórica da proibição de tratamento desumano às pessoas presas e detidas. Categoricamente, determinando o reconhecimento da proibição da tortura, as recomendações não aceitam a desculpa de a vítima ser tida como ameaça concreta aos valores ou fundamentos da ordem da sociedade. A tortura não se legitimaria em nenhuma circunstância. Tudo isto ajudando, na prática, a superar o racismo e a ideologia que ainda informam/permeiam o sistema político e normativo, permitindo um novo olhar por parte dos órgãos de justiça e segurança, de modo a tornar eficaz medidas para a identificação, prevenção, punição e reparação da tortura.

Quanto às conclusões a que se chegou, no final da 1ª Parte, as recomendações adequadamente compreendem o porquê da persistência da tortura entre nós e aponta a necessidade de superação, a partir do reconhecimento do direito da vítima a investigação das alegações de tortura. Tal investigação devendo ser pronta, imparcial e conduzida por órgão independente. As recomendações também são claras quanto à necessidade de monitoramento dos métodos e técnicas de interrogatório, nas delegacias e monitoramento das condições prisionais.

As recomendações partem do pressuposto de que a vítima da tortura policial raramente está em posição de levar a juízo provas dos atos dos seus algozes, se não houver instituição independente que faça levar adiante investigação séria, imparcial e independente. Por isso, são básicas as recomendações, na direção de estabelecimento de órgãos de investigação independentes e autônomos das polícias investigadas.

A recomendação, para que a interpretação da Lei nº 9.455/97 se inspire nos parâmetros internacionais, serve para superar a atuação compreensão, disseminada em vários tribunais, de ser a tortura conduta violenta desencadeada por "sadismo imotivado". O afastamento do estereótipo do torturador como um sádico, psicopata, bestial, alguém que apreciaria o sofrimento alheio por cupidez permitirá ver a racionalidade disfuncional.

As recomendações reconhecem que, na prática, o inquérito policial não se reveste de caráter meramente informativo, como quer fazer crer o Judiciário brasileiro [570]. Daí que se esforçam em combater o que se chamou de "abuso do poder de prisão" da polícia. Também a perseverante advertência da necessidade de adoção das salvaguardas a partir do inquérito.

Particularmente relevantes, pela acolhida quase que unânime, no âmbito internacional, são as recomendações de permanência de pessoa detida em

[570] Como exemplifica o Acórdão a seguir transcrito, no trecho que interessa: "[...] o inquérito é procedimento meramente informativo, não submetido ao crivo do contraditório e no qual não se garante o exercício da ampla defesa [...]". (STF – HC 77770 – 2ª T. – Rel. Min. Néri da Silveira – DJU 03.03.2000 – p. 62).

delegacia só nas primeiras 24 horas; obrigatoriedade de gravação da confissão em vídeo; necessidade de presença de advogado desde o momento da prisão; realização de monitoramento externo do sistema de encarceramento; declaração pública contra a tortura pelas autoridades, com visitas surpresa a lugares de detenção, suspensão de funções dos suspeitos de prática de tortura, e responsabilização da cadeia de comando; cessação do abuso de prisão; acesso dos familiares ao preso; informação aos presos sobre seus direitos; realização de investigação pronta e eficaz, examinando padrão conduta; garantia de independência da perícia; redução da superpopulação carcerária.

A Teoria das Oportunidades para a Prática de Delitos, como teoria criminológica, causal-explicativa, revelou-se capaz de explicitar a racionalidade das recomendações, gerando confiabilidade de que estas possam ser medidas eficazes para a prevenção, punição e reparação à tortura. É certo que nenhum conjunto de medidas pode pretender a eliminação completa da prática de delitos, mas pode produzir efeitos marcantes para sua redução, retirando o caráter de prática "generalizada e sistemática " (*widespread and systematic*), de que hoje se reveste.

O caráter obrigatório e vinculante resultou da análise da força normativa do Direito Internacional dos direitos humanos, do direito constitucional e do direito penal, e, nestes, do garantismo do direito, assente na dignidade essencial da pessoa humana e fundamento do Estado Democrático de Direito.

Finalmente, as Recomendações nos auxiliam a compreender que não estamos condenados a repetir erros do passado. Há novas avenidas que se abrem. Cabe-nos decidir o caminho a seguir. Podemos insistir em continuidades autoritárias. Ou descontinuá-las, reconstruindo o tecido social, com o entrelaçamento do respeito do fio de vida e dignidade que há em cada pessoa humana. É possível combater a tortura. É necessário combater a tortura. Não é preciso nenhum esforço sobre humano. Antes, basta simplesmente ver no outro a mesma condição humana que há em cada um de nós.

Recife, em março de 2006.

REFERÊNCIAS

BIBLIOGRAFIA E LEGISLAÇÃO

ALENCASTRO, Luiz Felipe de. **O Trato dos Viventes.** São Paulo: Cia. das Letras. 2000.

ALSTON, Philip. **The United Nations and Human Rights A Critical Appraisal**. Oxford: Clarendon, 1995.

AMNESTY INTERNATIONAL. **"They Treat Us Like Animals":** Torture and ill-treatment in Brazil. Dehumanization and impunity within the criminal justice system. Disponível em: <http://web.amnesty.org/library/Index/ENGAMR190222001?open&of=ENG-370>. Acesso em: 03 dez. 2004.

ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Criminologia:** o homem delinqüente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra, 1997.

APT – ASOCIACIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA PREVENIR LA TORTURA. **Un Desafio Realista: Actas del Seminario sobre las condiciones de detención y la protección de las personas privadas de libertad en América Latina.** Genebra: APT, 1995.

ARENDT, Hannah. **Sobre a Violência**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. **Brasil: nunca mais:** um relato para a história. Prefácio do Cardeal D. Paulo Evaristo Arns. 31. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

AUDI, Robert. **The Cambridge Dictionary of Philosophy.** 2. ed. Cambridge: Cambridge University, 1999.

AUGSBURGER, David. W. **Conflict Mediation across cultures:** pathways and patterns. Westminster: John Knox, 1992.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Crimes contra a Pessoa.** São Paulo: Saraiva, 1997.

BERLINK, Manoel Tosta (Org.). **Dor**. São Paulo: Escuta, 1999.

BETHENCOURT, Francisco. **História das Inquisições.** São Paulo: Cia. das Letras. 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Pasquino. **Dicionário de Política**. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.

BOTTOMS, Anthony E.; WILES, Paul. **Environmental Criminology** In: MAGUIRE, Mike; MORGAN, Rod; REINER, Robert. **The Oxford Handbook of Criminology.** 2 ed. Oxford: Oxford University, 1997.

BOULESBAA, Ahcene. **The U.N. Convention on Torture and the Prospects for Enforcement**. The Hague: Martinus Nijhoff , 1999.

BRANDÃO, Cláudio. **Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRANTINGHAM, P.J.; BRANTINGHAM, P.L. *apud* BOTTOMS, Anthony E.; WILES, Paul. **Environmental Criminology** In: MAGUIRE, Mike; MORGAN, Rod; REINER, Robert. **The Oxford Handbook of Criminology.** 2 ed. Oxford: Oxford University, 1997.

BRASIL. **Ato institucional nº 1.** Diário Oficial de 9 de abril de 1964, pág. 3.193. Rep. no *DO* de 11 de abril de 1964, pág. 3.257. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em: 03 mar. 2005.

BRASIL. **Ato institucional nº 2.** Diário Oficial de 27 de outubro de 1965, pág. 11.017. Ret. no *D.O.* de 28-10-65, pág. 11.065. Rep. no *D.O.* de 5-11-65, pág. 11.353. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em: 03 mar. 2005.

BRASIL. **Ato institucional nº 5.** Diário Oficial de 13 de dezembro de 1968, pág. 10.801. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em: 03 mar. 2005.

BRASIL. **Comentários do Governo brasileiro ao informe do Relator Especial sobre a Tortura da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, Sir Nigel Rodley (documento E/CN.4/2001/66/Add .2).** Disponível em: <http://www.rndh.gov.br/tortura/
coment%C3%A1rios.htm>. Acesso em: 02 maio 2004.

BRASIL. Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados. **VI Conferência nacional de Direitos Humanos.** Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/textos/VI%
20Conf.htm>.Acesso em: 02 mai. 2004.

BRASIL. Decreto-Lei nº 898, de 29 de setembro de 1969, define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em: 10 fev. 2005.

BRASIL. Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979. Disponível em: <www.acervoditadura.
rs.gov.br/legislacao_1.htm>. Acesso em: 05 fev. 2005.

BRASIL. Ministério de Justiça. **Sistema Penitenciário:** diagnóstico e propostas. Disponível: <http://www.mj.gov.br/Depen/pdf/diagnostico_depen.pdf>. Acesso em 30 ago. 2005.

BUERGENTHENTAL, Thomas. **International Human Rights.** St. Paul: West Publishing Co, 1988

CAMPOS, Germán Bidart: **Constitucion y derechos humanos Su reciprocidad simétrica.** Buenos Aires: Ediar, 1991.

CAMPOS, Germán Bidart. **Teoría general de los derechos humanos**. Buenos Aires: Astrea, 1991.

CAMPOS, Gérman Bidart; HERRENDORF, Daniel E. **Princípios de Derechos Humanos y Garantías.** Buenos Aires: Ediar, 1991.

CAMPOS, Germán Bidart; PIZZOLO, Calogero. **Derechos Humanos:** Corte Interamericana. Mendonza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

CASSESE, Antonio. **Inhuman States**. Cambridge (USA): Polity, 1996.

CAVALCANTI, Ismar Lima; MADDALENA, Maria Luiza (Org.). **Dor**. Rio de Janeiro: Sociedade de Anestesiologia do Rio de Janeiro, 2003.

CENTRE FOR HUMAN RIGHTS. **Human Rights And Pré-Trial Detention.** Genebra: United Nations, 1994.

CENTRO INTERNACIONAL DE INVESTIGAÇÃO E INFORMAÇÃO PARA A PAZ. **O Estado da Paz e a Evolução da Violência:** a situação da América Latina. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2002.

CLARKE, Ronald V. **The Theory and Practice of Situational Crime Prevention.** Disponível em: <http://www.edoca.net/Resources/Articles/Clarke_the*theory*_and_ practice_of_situational_crime_prevention.pdf> Acesso em 30 ago. 2004.

COIMBRA, Cecília Maria Bouças (Org.). **Psicologia, Direitos Humanos e Sofrimento Mental.** São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000.

COIMBRA, Mário. **Tratamento do injusto Penal da Tortura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

COMITÊ CONTRA A TORTURA. **Conclusões e Recomendações adotadas pelo Comitê Contra a Tortura.** 660ª Sessão, CAT/CO/34/ALB. Disponível em: <www.ohchr.org>. Acesso em 1 jun 2005.

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL. **Proyecto de recomendación general sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento de la Justicia Penal, 17 agosto 2005.** Disponível em: <http://www.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/GC31_Sp.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2005.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Annual Reports.** Disponível em:<http://www.cid.oas.org. Acessos múltiplos.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Brazil 1997**. Disponível em:<http://www.cid.oas.org/countryrep/brasesp97/>. Acesso em: 02 mai. 2004.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório sobre a situacão dos Direitos Humanos no Brasil.** Disponível em: <http://www.cidh.org/coun

tryrep/brazil-port/Cap%204%20.htm>. Acesso em: 05 maio 2004.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**. Informe anual de la comisión interamericana de de derechos humanos 1973**. Disponível em: <http:// www.cidh.org/annualrep/73sp/sec.1.Brasil.htm>. Acesso em: 20 set. 2004.

COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. **Civil and political rights including the questions of torture and detention:** report of the Special Rapporteur, Sir Nigel Rodley, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 2000/43. Disponível em: <http://www.hri.ca/fortherecord2001/documentation/commission/e-cn4-2001-66.htm>. Acesso em: 31 ago. 2005.

COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. **Civil and political rights, including the questions of: independence of the Judiciary, administration of Justice, impunity.** The right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of gross violations of human rights and fundamental freedoms. Final report of the Special Rapporteur, Mr. M. Cherif Bassiouni, submitted in accordance with Commission resolution 1999/33. E/CN.4/2000/62. Disponível em: <http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/(Symbo l)/E.CN.4.2000.62.En?Opendocument>. Acesso em: 14 maio 2005.

CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE DIREITOS HUMANOS, 1993, Viena. **Declaração e Programa de Ação de Viena.** Disponível em: <www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/ declaracao_viena.htm >. Acesso em: 17 abr. 2005.

CONROY, John. **Unspeakable Acts Ordinary People:** the Dynamics of Torture. New York: Alfred A. Knopf, 2000.

COUTO, Jorge. **A Construção do Brasil.** Lisboa: Cosmos, 1998.

CORNISH, Derek B.; CLARKE, Ronald V. **The Reasoning Criminal.** New York: Springer-Verlag, 1986.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Barrios Altos, Chumbipuma Aguirre y otros vs. El Perú, Interpretación de la Sentencia de Fondo, Relator: Del Juez A.A. Cançado Trindade. marzo de 2001. Serie C No. 75, párrs. 41-44. Disponível em: <http://www.derechos.org/nizkor/peru/libros/fosas/cap25.html>. Acesso em: 20 out. 2004.

COSTA, Jurandir Freire. **Violência e Psicanálise.** 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1986.

CRUTCHFIELD, Richard S.; KRECH, David. **Elementos de Psicologia**. 5. ed. São Paulo: Pioneira, 1958. 1 v.

CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral; MENDES, Emílio Garcia. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado.** São Paulo: Malheiros: 1992.

DAMAŠKA, Mirjan R. **The Faces of Justice and State Authority.** Londres: Yale University, 1986.

DAVIDSON, Scott. **The Inter-American Human Rights System**. Brookfield (USA): Dartmouth, 1997.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manoel Costa. **Criminologia.** Coimbra: Coimbra, 1997.

DICEY, Albert Venn. **Introduction to the study of the law of the constitution**. Indianapolis: Liberty Fund, 1982.

DIENSTEIN, Yoram; TABORY, Mala. **The Protection of Minorities and Human Rights.** London: Martinus Nijhoff,1992.

DONNELY, Jack. **Derechos Humanos Universales**. Mexico: Gernika, 1994.

DUNER, Bertil. **An End to Torture.** London: Zed, 1998.

ESPANHA. **Las Siete Partidas.** Valladolid: Editorial Lex Nova, 1989.

FELSON, Marcus; CLARKE, Ronald V. **Opportunity Makes the Thief**: practical theory for crime prevention. Police Research Series. Paper 98. London: Home Office, 1995.

FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes:** o legado da "raça branca". São Paulo: Dominus, [1978?]. 1v.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio Eletrônico:** Século XXI. Coordenação e edição: Margarida dos Anjos e Marina Baird Ferreira. Versão 3.0. Microsoft Corporation, Lexikon Informática, Nova Fronteira, 1999. 1 CD-ROM.

FIGUEROA, Jorge Mera. **Política Criminal y Seguridad Ciudadana**. Disponível em <http://www.derecho.udp.cl>. Acesso em:02 mai. 2004.

FON, Antônio Carlos. **Tortura:** a história da repressão política no Brasil. São Paulo: Global, 1979.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir:** Nascimento da Prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. 25. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

FRANCO, João Melo; MARTINS, Herlander Antunes. **Dicionário de Conceitos e Princípios Jurídicos.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

FRANÇA, Genival Veloso. **Tortura:** aspectos médico legais. Disponível em:< www.dhnet.org.br>. Acesso em: 02 maio 2004.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **As Razões do Positivismo Penal no Brasil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

FREYRE, Gilberto. **Casa Grande & Senzala**. Rio de Janeiro: Record, 2000.

GALTUNG, Johan; JACOBSEN, Carl G; BRAND-JACOBSEN, Kai Frithjof. **Searching for peace:** the road to transcend. 2 ed. London: Pluto, 2002.

GASPARI, Elio. **A Ditadura Escancarada.** São Paulo: Cia. das Letras, 2002.

GIBNEY, Matthew J. (Ed.). **Globalizing Rights.** Oxford: Oxford University, 2003.

GIFFARD, Camille. **The Torture Reporting Handbook**. Essex: Human Rights Centre, University of Essex, 2000.

GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. **Tortura e Prova no Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2002.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo; PIQUET, Cide. **Racismo e Anti-Racismo no Brasil.** São Paulo: Editora 34. 1999.

GUIMARÃES, Rodrigo Régnier Chemim. **Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público.** Curitiba: Juruá, 2002.

HASENBALG, Carlos Alfredo. **Discriminação e Desigualdades Raciais no Brasil.** São Paulo: Edições Graal, 1979.

HERSCH, Jeanne (Org.). **O direito de ser homem**. Guanabara: Conquista. 1972

HUMAN RIGHTS COMMITTEE. **Concluding observations of the Human Rights Committee :** Mexico. 27/07/99. CCPR/C/79/Add.109. Disponível em: <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/0e2948ff2993e8b1802567c2005282b0? Opendocument>. Acesso em: 30 ago. 2005.

HUMAN RIGHTS COMMITTEE. **The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenan.** CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (General Comments), 26 maio 2004. Disponível em: <www.unhchr.ch>. Acesso em: 20 mar. 2005.

HUMAN RIGHTS WATCH. **O Brasil atrás das grades.** Disponível em:<http://www.hrw.org/reports98/brazil/Brazil-02.htm>. Acesso em: 02 mai. 2004.

HUTTON, Glenn; JOHNSTON, David. **Evidence and Procedure**. London: Blackstone, 2002.

JAKOBS, Günther. **Ação e omissão no Direito Penal.** Barueri (SP): Manole, 2003.

JESUS, Damásio E. **Direito Penal.** 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 2 v.

_____. _____. São Paulo: Saraiva, 1978. 1 v.

_____. _____. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 1 v.

JOSEPH, Sarah; SCHULTZ, Jenny; CASTAN, Melissa. **The International Covenant on Civil and Political Rights.** 2 ed. Oxford: Oxford University, 2004.

KENNEDY, Helena. **Just Law**. The changing face of Justice – and why it matters to us all. Londres: Chatto & Windus, 2004.

KRUG, E. G. et al. **World report on violence and health.** Genebra: World Health Organization, 2002.

LOPES JR., Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

LIMA, Mauro Faria. **Crimes de tortura:** comentários à Lei 9.455 de 07 de abril de 1997. Brasília: Brasília Jurídica, 1997.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal.** Campinas: Russell Editores, 2003. Tomo II.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1986

MAGUIRE, Mike; MORGAN, Rod; REINER, Robert. **The Oxford Handbook of Criminology.** 2. ed. Oxford: OUP, 1997.

McGOLDRICK, Dominic. **The Human Rights Committee.** Oxford: Clarendon, 1994.

McLAUGHLIN, Eugene; MUNCIE, John; HUGHES, Gordon. **Criminological Perspectives**. Londres: Sage, 2005. 2ª Ed.

MENDES, Errol. **Racial Discrimination Law and Practice.** Ontario: Carswell,1995.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Relatório do Brasil ao Comitê contra a Tortura.**

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Relatório Inicial Relativo Ao Pacto Internacional Dos Direitos Civis E Políticos de 1966.** Fundação Alexandre de Gusmão e Núcleo de Estudos da Violência da USP. Brasília: FUNAG, 1994.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Manual de Direito Penal.** 9 ed. São Paulo: Atlas, 1996. 3 v.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Tortura: notas sobre a Lei 9.455/97**. RJ,** nº 248, jun. 1998.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no Processo Penal.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Luciano. **Do Nunca mais ao eterno retorno**. São Paulo: Brasiliense, 1994.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Conceito e Método da Ciência do Direito Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas.** Promulgada pelo Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_carta.php>. Acesso em: 02 fev. 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direitos Humanos. **Relatório sobre a tortura no Brasil.** Disponível em: <http://www.rndh.gov.br/>. Acesso em: 8 jan. 2005.

PALLIERI, Giorgio Balladore. **A Doutrina do Estado**. Coimbra: Coimbra, 1969

PAIM, Isaías. **Curso de Psicopatologia.** 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Pedagógica e Universitária , 1993.

PEREIRA, José. **Violência:** uma análise do ”Homo brutalis”. São Paulo: Alfa-Ômega, 1975.

PINHEIRO, Paulo Sérgio, CARDIA, Nancy, ADORNO, Sérgio, e col. **Continuidade Autoritária e Construção da Democracia**. Relatório Parcial de Pesquisa (São Paulo, Núcleo de Estudos da Violência da USP, 1995).

PINHEIRO, Paulo Sérgio; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Violência Urbana**. São Paulo: Publifolha, 2003.

PORTUGAL. **Ordenações Filipinas.** Disponível em: <http://www.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ ordenacoes.htm>. Acesso em: 07 jan. 2005.

PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa.** Barueri (SP): Manole, 2004.

RAMÍREZ, Bustos. **Bases para uma Política Criminal**. Disponível em:<http://www.la semanajuridica.cl/LaSemanaJuridica/753/article-5027.html>. Acesso em: 02 mai. 2004.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História del Pensamiento Filosófico y Científico.** Barcelona: Herder. Tomo I.

RODRIGUES, José Honório. **A Assembléia Constituinte de 1823**. Petrópolis: Vozes, 1974.

SHAW, Malcolm N. **International Law.** Cambridge: Cambridge University, 1995.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico.** 10. ed.. Rio: Forense, 1987.

SILVA, José Geraldo da. **A lei de tortura interpretada:** comentários à Lei nº 9.455/97 de 07 de abril de 1997. Leme (SP): Editora de Direito, 1997.

SORENSEN, Max. **Manual de Derecho Internacional Publico.** México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

SKIDMORE, Thomas E.. **Uma história do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1998

SZNICK, Valdir. **Tortura.** São Paulo: LEUD, 1998.

TEIXEIRA, Flávia Camello. **Da Tortura.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

TEIXEIRA, Manoel Jacobsen (Org.). **Dor:** contexto interdisciplinar. Curitiba: Maio, 2003

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1993.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Elements of Crimes**. Source: ASP. Number: ICC-ASP/1/3(partII-B). Adoption:09/09/2002. Entry into force: 09/09/2002. Disponível em: <www.icc-cpi.int>. Acesso em 20.10.2005.

UNITED NATIONS. **Committee against torture starts examination of report on situation in Brazil.** CAT, 26th session, 8 May 2001. Disponível em: <http://www.unhchr.ch/huricane/huricane.nsf/0/AB182DF1205C60F1C1256A460051493B?opendocument>. Acesso em: 02 mai. 2004.

VALLES, Carlos G. **Liberte-se do medo.** 3. ed. São Paulo: Paulinas, 1996

WALKER, David M. **The Oxford Companion to Law.** Oxford: Clarendon, 1980.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Formação do Brasil Colonial.** 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 1994.

Referência de jurisprudência

Canadian Human Rights Tribunal, caso P.S.A.C. v. Canadá (Treasury Board). Apud GIBBS, Heather. Race Jurisprudence in Canada. In: MENDES, Errol. Racial Discrimination Law and Practice. Ontario: Carswell, 1995. p. 3-38.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. REPORT Nº 1/96. CASE 10.559.

PERU. Decided March 1, 1996. Disponível em http://www.oas.org/main/main.asp?sLang=E&sLink=http://www.oas.org/OASpage/humanrights.htm acesso em 6 de março de 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Barrios Altos, Chumbipuma Aguirre y otros vs. El Perú, Interpretación de la Sentencia de Fondo, Relator: Del Juez A.A. Cançado Trindade. marzo de 2001. Serie C No. 75, párrs. 41-44. Disponível em: <http://www.derechos.org/nizkor/peru/libros/fosas/cap25.html>. Acesso em: 20 out. 2004.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC 4/84, Del 19 Enero de 1984. Corte I.D.H. (Ser.A) Nr. 4 (1984).

STF - ADI 1570 DF – Rel. Min. Maurício Correia. Julg. 12.02.2004.
STF – HC 79.920 – RJ – 2ª T. – Rel. Min. Maurício Corrêa – DJU 01.06.2001 – p. 00077.
STF – HC 68.487 – RS – 1ª T. – Rel. Min. Sydney Sanches – DJU 15.03.1991.
STF - HC 70.389 - SP. Relator para o Acórdão o Min. Celso de Mello. Julgamento em 23.6.1994.
STF – HC 70.442 – RJ – 2ª T. – Rel. Min. Francisco Rezek – DJU 06.10.1995)
STF – HC 70.777 – RJ – 2ª T. – Rel. Min. Paulo Brossard – DJU 6.12.1996);
STF – HC 70.834 – SP – 1ª T. – Rel. Min. Ilmar Galvão – DJU 06.05.1994.
STF – HC 71.016 – RJ – 2ª T. – Rel. Min. Néri da Silveira – DJU 13.6.1997);
STF – HC 71.051 – MG – 2ª T. – Rel. Min. Marco Aurélio – DJU 23.9.1994.
STF – HC 71.422 – DF – 2ª T. – Rel. Min. Carlos Velloso – DJU 25.08.1995.
STF – HC 71.531 – SC – 1ª T. – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 27.10.1994)
STF – HC 71.621 – MG – 1ª T. – Rel. Min. Moreira Alves – DJU 10.03.1995.
STF – HC 72.132 – GO – 1ª T. – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 09.05.1997.
STF – HC 72.257 – SP – 2ª T. – Rel. Min. Marco Aurélio – DJU 18.08.1995).
STF – HC 72.815 – MT – 1ª T. – Rel. Min. Moreira Alves – DJU 06.10.1995).
STF – HC 73.075 – 2ª T. – Rel. Min. Maurício Corrêa – DJU 03.05.1996.
STF – HC 73.198 – SP – 2ª T. – Rel. Min. Maurício Corrêa – DJU 16.08.1996.
STF – HC 73.565 – SC – 2ª T. – Rel. Min. Maurício Corrêa – DJU 20.09.1996.
STF – HC 73.741 – 2ª T. – Rel. Min. Néri da Silveira – DJU 30.06.2000
STF – HC 74.165 – RS – 2ª T. – Rel. Min. Maurício Corrêa – DJU 31.10.1996.
STF – HC 74.899 – MG – 2ª T. – Rel. Min. Maurício Corrêa – DJU 07.11.1997.
STF – HC 75.257 – RJ – 1ª T. – Rel. Min. Moreira Alves – DJU 29.08.1997.
STF – HC 75.791 – SP – 1ª T. – Rel. Min. Sydney Sanches – DJU 19.12.1997.
STF – HC 75.110 – 2ª T. – Rel. Min. Marco Aurélio – DJU 29.9.2000
STF – HC 76.526 – 2ª T. – Rel. Min. Maurício Corrêa – DJU 30.04.1998
STF – HC 77.675 – 2ª T. – Rel. Min. Néri da Silveira – DJU 18.08.2000
STF – HC 77.770 – 2ª T. – Rel. Min. Néri da Silveira – DJU 03.03.2000
STF – HC 78.708 – 1ª T. – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 16.04.1999

STF – HC 80.449 – RN – 2ª T. – Rel. Min. Nelson Jobim – DJU 14.06.2002
STF – HC 81.148 – MS – 1ª T. – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 19.10.2001
STF – HC 81.360 – RJ – 1ª T. – Relª Min. Ellen Gracie – DJU 19.12.2002
STF – HC 81.519 – MG – 2ª T. – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 2.5.2003
STF – HC 81.848 – PE – 2ª T. – Rel. Min. Maurício Corrêa – DJU 28.6.2002
STF – HC 82.424 – RS – TP – Rel. p/o Ac. Min. Maurício Corrêa – DJU 19.03.2004
STF – QCR 501 – DF – T.P. – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 28.11.1997
STF – RE 109.615 – RJ – 1ª T. – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 02.08.1996.
STF – RE 161.243 – DF – 2ª T. – Rel. Min. Carlos Velloso – DJU 19.12.1997.
STF – RE 170.014 – SP – 1ª T – Rel. Min. Ilmar Galvão – DJU 13.02.1998.
STF – RECR 136.239 – SP – 1ª T. – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 14.08.1992.
STF – RHC 79.973 – 2ª T. – Rel. Min. Nelson Jobim – DJU 13.10.2000 – p. 22.
STF – RHC 83.179 – PE – TP – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 22.08.2003
STF - RHD 22/91-DF, TP - Rel. Min. Celso de Mello. Julg. 19.9.91

STJ – EDRESP 538362 – SP – 5ª T. – Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca – DJU 08.11.2004
STJ – HC 9.671 – SP – 6ª T. – Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro – DJU 16.08.1999.
STJ – HC – 13.808 – PB – 6ª T. – Rel. Min. Hamilton Carvalhido – DJU 24.09.2001
STJ – HC - 16.214 – SP – 5ª T. – Rel. Min. Edson Vidigal – DJU 13.08.2001
STJ – HC - 17.539 – PA – 6ª T. – Rel. Min. Hamilton Carvalhido – DJU 19.12.2002.
STJ – HC - 20.173 – MG – 6ª T. – Rel. Min. Vicente Leal – DJU 01.04.2002.
STJ – HC - 23.725 - DF – 6ª T. – Rel. Min. Hamilton Carvalhido – DJU 28.10.2003
STJ – HC – 25.445 – SP – 5ª T. – Rel. Min. Jorge Scartezzini – DJU 28.10.2003
STJ – HC - 25.593 – MT – 5ª T. – Rel. Min. Jorge Scartezzini – DJU 03.05.2004
STJ – HC – 25.856 – PR – Rel. Min. Gilson Dipp – DJU 25.08.2003
STJ – HC - 26.160 – RO – 6ª T. – Rel. Min. Paulo Medina – DJU 16.06.2003
STJ – HC – 27.290 – SC – 5ª T. – Relª Min. Laurita Vaz – DJU 02.02.2004
STJ - HC - 27.840 – DF – 5ª T. – Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca – DJU 08.09.2003
STJ – HC - 27.986 – PR – 5ª T. – Rel. Min. Felix Fischer – DJU 15.09.2003 – p. 00339.
STJ – HC - 28.948 – MT – 6ª T. – Rel. Min. Paulo Medina – DJU 24.11.2003
STJ – HC 32.586 - MG – 6ª T. - Rel. Min. Paulo Medina. Julg. 16.03.2004. Pub. DJ 30.08.2004.
STJ – HC 34.316 – RJ – 5ª T. – Relª Min. Laurita Vaz – DJU 25.10.2004 – p. 00370.
STJ – RESP – 168.945 – SP – 3ª T. – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro – DJU 08.10.2001 – p. 00210.
STJ – RESP 206.501 – MG – 6ª T. – Rel. para o Acórdão Min. Fernando Gonçalves.
STJ – RESP 306.987 – SP – 6ª T. – Rel. Min. Vicente Leal – DJU 14.10.2002.
STJ – RESP 324.091 – SP – 6ª T. – Rel. Min. Hamilton Carvalhido – DJU 09.02.2004
STJ – RESP 402.419 – RO – 6ª T. – Rel. Min. Hamilton Carvalhido – DJU

15.12.2003
STJ – RESP 479.679 – PR – 5ª T. – Rel. Min. Felix Fischer – DJU 15.09.2003
STJ – RESP 504.868 – RS – 5ª T. – Rel. Min. Felix Fischer – DJU 17.11.2003
STJ - RESP 6.519 - RJ
STJ - RESP 610.395 - SC
STJ – RHC – 10.225 – DF – 6ª T. – Rel. Min. Vicente Leal – DJU 24.09.2001 – p. 00342.
STJ – RHC - 10.403 – DF – 5ª T. – Rel. Min. Felix Fischer – DJU 26.03.2001
STJ – RHC – 10.858 – PE – 6ª T. – Rel. Min. Vicente Leal – DJU 12.11.2001
STJ – RHC – 11.532 – RN – 5ª T. – Rel. Min. Edson Vidigal – DJU 24.09.2001
STJ – RHC - 11.670 – RS – 6ª T. – Rel. Min. Fernando Gonçalves – DJU 04.02.2002
STJ – RHC – 11.888 – MG – 5ª T. – Rel. Min. Gilson Dipp – DJU 19.11.2001
STJ – RHC - 12.495 – MG – 5ª T. – Rel. Min. Jorge Scartezzini – DJU 24.05.2004
STJ – RHC - 14.381 – PR – 5ª T. – Rel. Min. Jorge Scartezzini – DJU 19.12.2003
STJ – RHC - 16.058 – SP – 5ª T. – Rel. Min. Felix Fischer – DJU 06.09.2004 – p. 00271.
STJ - ROMS 1.160 - RJ

TACRIMSP – ACr 716.883 – 2ª C. – Rel. Juiz Haroldo Luz – J. 06.08.1992.
TACRIMSP – Ap 1.108.809/6 – 11ª C.Crim. – Rel. Juiz Renato Nalini – J. 28.06.1998. 02.758/583.
TACRIMSP – HC 301.360 – 1ª C – Rel. Juiz Luís Ganzerla – J. 06.03.1997.
TACRIMSP – HC 388154/4 – 11ª C. – Rel. Juiz Wilson Barreira – DOESP 29.11.2001).
TACRIMSP – HC 394108/5 – 7ª C. – Rel. Juiz Souza Nery – DOESP 19.11.2001.

TAMG – AP 0357066-7 – São João Del-Rey – 4ª C.Cív. – Rel. Juiz Saldanha da Fonseca – J. 22.05.2002)

TAPR – HC 0285255-3 – (233626) – São José dos Pinhais – 3ª C.Crim. – Rel. Des. Rogério Kanayama – DJPR 01.04.2005).

TJAC – ACR . 01.000473-4 – (1.558) – Rio Branco – C.Crim. – Relª Desª Eva Evangelista – J. 16.08.2001.

TJAP – ACr 1.767/03 – Rel Des. Raimundo Vales – J. 21.06.2004.
TJAP – ACr 1.767/03 – Rel Des. Raimundo Vales – J. 21.06.2004.
TJAP – ACR 151602 – (5043) – Capital – C.Única – Rel. Des. Mário Gurtyev – DJAP 29.10.2002.
TJAP Tribunal de Justiça do Amapá - ACr n.º 1767/03 - Acórdão n.º 6947 - Rel. RAIMUNDO VALES - Câmara Única - j. 21/06/2004 - v. Unânime - p. 11/08/2004 - DOE n.º 3338.

TJBA Tribunal de Justiça da Bahia. CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS Nº Acordão: 26244. Processo: 21.954-8/2000. APELAÇÃO CRIME. Relator(a): BENITO ª DE FIGUEIREDO.

TJBA Tribunal de Justiça da Bahia. CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS. Nº Acordão: 14311. Nº Processo: 57.240-7. Relatora: ANNA MARIA ASSEMANY BORGES.

TJBA Tribunal de Justiça da Bahia. SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL. Nº Processo: 9.682-1/01. APELAÇÃO CRIME. Relator(a): EXPEDITO TEIXEIRA DE CARVALHO. Nº Acórdão : 16794. Nº Processo : 9.682-1/01.

TJBA. Tribunal de Justiça da Bahia. SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL. Nº Acordão: 40862. Nº Processo: 19186-8/2004. APELAÇÃO CRIME. Relator(a): MARINALDO BASTOS FIGUEIREDO. Comarca: ITAPARICA. Nº Acórdão:40862. Nº Processo:19186-8/2004.

TJBA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL. Nº Acordão: 40862.
Nº Processo: 19186-8/2004. APELAÇÃO CRIME. Relator: MARINALDO BASTOS FIGUEIREDO.

TJDF – APR 19990710103728 – DF – 1ª T.Crim. – Rel. Des. Natanael Caetano – DJU 08.05.2002 – p. 58.

TJDF – APR 20000710150423 – 1ª T.Crim. – Rel. Des. P. A. Rosa de Farias – DJU 18.02.2002 – p. 86.

TJDF – APR 20020510000870 – DF – 1ª T.Crim. – Rel. Des. Lecir Manoel da Luz – DJU 05.11.2003 – p. 57.

TJDF – APR 20020510047878 – DF – 1ª T.Crim. – Rel. Des. P. A. Rosa de Farias – DJU 27.08.2003 – p. 56.

TJDF – HBC 115230 – (Reg. 91) – 2ª T.Crim. – Rel. Des. Vaz de Mello – DJU 18.08.1999.

TJDF TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. Segunda Turma Criminal. Apelação Criminal 1999 01 1 070492-7. Relator : Des. GETULIO PINHEIRO.

TJDF Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 1ª Turma Criminal. APELAÇÃO CRIMINAL 20000110204057APR DF. Acordão: 163227. Julgamento : 29/08/2002. Relator : LECIR MANOEL DA LUZ. Publicação no DJU: 20/11/2002 Pág. : 77.

TJDF Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 2ª Turma Criminal APELAÇÃO CRIMINAL APR974189 DF. Acordão: 58520. Julgamento :

17/06/1992. Relator : LÉCIO RESENDE. Publicação no DJU: 02/09/1992 Pág. : 26.797.

TJDF Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Primeira Turma Criminal. APR 2000 03 1 002086-5. Relator Des.: OTÁVIO AUGUSTO. Julg. 22/11/2001.

TJDF Tribunal de Justiça do Distrito Federal. 1ª Turma Criminal. APELAÇÃO CRIMINAL 20000110204057APR DF. Relator : LECIR MANOEL DA LUZ. Acordão Número : 163227. Data de Julgamento : 29/08/2002 Publicação no DJU: 20/11/2002 Pág. : 77.

TJDF Tribunal de Justiça do Distrito Federal. 2ª Turma Criminal APELAÇÃO CRIMINAL APR974189 DF. Acordão 58520. Relator : LÉCIO RESENDE. Data de Julgamento : 17/06/1992. Publicação no DJU: 02/09/1992 Pág. : 26.797.

TJDF Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Primeira Turma Criminal. APR - Apelação Criminal 2000.01.5.001311-0.

TJDF Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Segunda Turma Criminal. Apelação Criminal 2000.07.1.007046-7. Relator Des. Vaz de Mello. www.tjdf.gov.br.

TJDF. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Segunda Turma Criminal. Apelação Criminal 2002 04 1 001278-8. Relator: Des.GETULIO PINHEIRO. Julg. 29/05/2003. www.tjdf.gov.br acesso em 25 de junho de 2005.

TJDF. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Segunda Turma Criminal. Apelação Criminal 2002 04 1 001278-8. Relator: Desor GETULIO PINHEIRO. Julg. 29 de maio de 2003. www.tjdf.gov.br acesso em 25 de junho de 2005.

TJDF. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Segunda Turma Criminal. Apelação Criminal Nº 2002 04 1 001278-8. Relator: Des. GETULIO PINHEIRO.

TJES – RVCR 100000029809 – Rel. Des. Sérgio Luiz Teixeira Gama – J. 07.11.2001.

TJMA – Acr 17.387/2001 – (42.511/2002) – 1ª C.Crim. – Rel. Des. Antonio Fernando Bayma Araujo – J. 10.12.2002)

TJMA – Acr 4200/2002 – (46.573/2003) – 1ª C.Crim. – Rel. Des. Antonio Fernando Bayma Araújo – J. 07.10.2003.

TJMA Tribunal de Justiça do Maranhão. SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL. APELAÇÃO CRIMINAL n° 12405-1996. Data do julg.: 20/03/1997. Relator: MILSON DE SOUZA COUTINHO. Acórdão: 0223481997. Data da Publicação: 31/03/97.

TJMA Tribunal de Justiça do Maranhão. SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL. APELAÇÃO CRIMINAL Nº 017676/2003. RELATOR: Des. JOSÉ PIRES DA FONSÊCA. Julg. 16/10/2003. Pub. 22/10/03.TJMA http://www.tj.ma.gov.br acesso

em 25 de junho de 2005.

TJMG – ACr 000.181.888-9/00 – 1ª C.Crim. – Rel. Des. Luiz Carlos Biasutti – J. 03.10.2000.
TJMG – ACr 000.190.330-1/00 – 3ª C.Crim. – Rel. Des. Mercêdo Moreira – J. 21.11.2000.
TJMG – ACr 000.205.233-0/00 – 3ª C.Crim. – Rel. Des. Kelsen Carneiro – J. 03.04.2001.
TJMG – ACr 000.210.008-9/00 – 2ª C.Crim. – Rel. Des. Guido de Andrade – J. 26.04.2001.
TJMG – ACr 000.308.384-7/00 – 1ª C.Crim. – Rel. Des. Tibagy Salles – J. 03.12.2002.
TJMG – APCR 000.291.870-4/00 – 2ª C.Crim. – Rel. Des. Herculano Rodrigues – J. 20.02.2003
TJMG – APCR 000.303.429-5/00 – 2ª C.Crim. – Rel. Des. Luiz Carlos Biasutti – J. 10.04.2003.
TJMG – APCR 000.307.935-7/00 – 1ª C.Crim. – Rel. Des. Tibagy Salles – J. 11.03.2003.
TJMG – APCV 000.312.446-8/00 – 7ª C.Cív. – Rel. Des. Alvim Soares – J. 24.02.2003.
TJMG APCR 000.217.432-4/00 - RELATOR: EXMO. SR. DES. GUDESTEU BIBER . Julg. 08/05/2001. Pub. 11/05/2001.
TJMG Número do processo: 1.0000.00.254138-1/000(1). Relator: HERCULANO RODRIGUES Data do acordão: 14/03/2002 Data da publicação: 03/04/2002.
TJMG Número do processo: 1.0000.00.254138-1/000(1). Relator: HERCULANO RODRIGUES Data do acordão: 14/03/2002 Data da publicação: 03/04/2002.
TJMG Número do processo: 1.0267.04.910501-3/001(1). Relator: REYNALDO XIMENES CARNEIRO. Data do acordão: 07/04/2005. Data da publicação: 21/04/2005.
TJMG PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais APELAÇÃO CRIMINAL (APELANTE) Nº 1.0114.03.019307-1/001 - COMARCA DE IBIRITÉ - APELANTE(S): SOLIVAN SILVA COSTA - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. ARMANDO FREIRE . Julgamento 07 de dezembro de 2004. Data da publicação: 14/12/2004.
TJMG PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. APELAÇÃO CRIMINAL (APELANTE) Nº 1.0114.03.019307-1/001 -

COMARCA DE IBIRITÉ - APELANTE(S): SOLIVAN SILVA COSTA - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. ARMANDO FREIRE. Julg. 07/12/2004. Pub. 14/12/2004.

TJMG PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. APELAÇÃO CRIMINAL (APELANTE) Nº 1.0114.03.019307-1/001 - COMARCA DE IBIRITÉ - APELANTE(S): SOLIVAN SILVA COSTA - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. ARMANDO FREIRE. Julg. 07/12/2004. Pub. 14/12/2004.

TJMG Primeira Câmara Criminal. Número do processo:1.0000.00.241454-8/000(1). Relator:MÁRCIA MILANEZ . Data do acordão:18/12/2001. Data da publicação:01/02/2002.

TJMG Primeira Câmara Criminal. Número do processo:1.0000.00.241454-8/000(1). Relator:MÁRCIA MILANEZ . Data do acordão:18/12/2001. Data da publicação:01/02/2002.

TJMG Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Número do processo:1.0267.04.910501-3/001(1). Relator:REYNALDO XIMENES CARNEIRO. Data do acordão: 07/04/2005. Data da publicação:21/04/2005.

TJMG TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. APELAÇÃO CRIMINAL (APELANTE) Nº 1.0474.03.006849-5/001 - COMARCA DE PARAOPEBA - APELANTE(S): LEANDRO TEIXEIRA - APELADO(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. ERONY DA SILVA. Julg. 22/06/2004. Pub. 15/09/2004.

TJMG TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. APELAÇÃO CRIMINAL (APELANTE) Nº 1.0474.03.006849-5/001 - COMARCA DE PARAOPEBA - APELANTE(S): LEANDRO TEIXEIRA - APELADO(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. ERONY DA SILVA. Julg. 22/06/2004. Pub. 15/09/2004.

TJMG TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Número do processo:1.0024.00.030304-0/001(1). Relator: ERONY DA SILVA. Relator do Acordão: PAULO CÉZAR DIAS. Data do acordão: 01/03/2005. Data da publicação: 19/04/2005.

TJMG TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processo: 1.0024.00.030304-0/001(1). Relator: ERONY DA SILVA. Relator do Acordão: PAULO CÉZAR DIAS. Data do acordão: 01/03/2005. Data da publicação: 19/04/2005.

TJMG Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Primeira Câmara Criminal. Número do processo:1.0000.00.241454-8/000(1). Relator:MÁRCIA MILANEZ . Data do acordão:18/12/2001. Data da publicação:01/02/2002.

TJMG Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Processo: 1.0024.02.746901-4/001(1). Relator: JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES. Data do acordão: 07/10/2004. Data da publicação: 18/11/2004.

TJMG Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Segunda Câmara Criminal. Processo: 1.0000.00. 140526-5/000(1). Relator: GUDESTEU BIBER. Data do acordão: 20/04/1999. Data da publicação: 27/04/1999.

TJMG Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Segunda Câmara Criminal. TJMG.20/02/2003. 11/03/2003. Processo: 1.0000.00.291870-4/000(1). Relator: HERCULANO RODRIGUES. Relator do Acordão: HERCULANO RODRIGUES. Data do acordão: 20/02/2003. Data da publicação: 11/03/2003.

TJMG Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL. APELAÇÃO CRIMINAL (APELANTE) Nº 1.0000.00.303429-5/000 RELATOR: DES. LUIZ CARLOS BIASUTTI. Data do acordão: 10/04/2003. Data da publicação: 27/05/2003.

TJMG. Número do processo 1.0024.02.746901-4/001(1) Relator: JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES. Data do acordão: 07/10/2004. Data da publicação: 18/11/2004.

TJMG. Número do processo: 1.0000.00.268999-0/000(1). Relator: XIMENES CARNEIRO. Data do acordão: 07/11/2002. Data da publicação:06/12/2002.

TJMG. PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais APELAÇÃO CRIMINAL (APELANTE) Nº 1.0114.03.019307-1/001 - COMARCA DE IBIRITÉ - APELANTE(S): SOLIVAN SILVA COSTA - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. ARMANDO FREIRE . Julgamento 07 de dezembro de 2004. Data da publicação: 14/12/2004.

TJMG. PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. APELAÇÃO CRIMINAL 1.0000.00.241454-8/000(1). Relatora: Des. MÁRCIA MILANEZ. Data do acordão:18/12/2001.Data da publicação:01/02/2002.

TJMG. PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. APELAÇÃO CRIMINAL (APELANTE) Nº 000.217.432-4/00 - COMARCA DE LAGOA DA PRATA - APELANTE(S): MARCILENE NEVES SILVA, OU MARCILENE DAS NEVES SILVA CHAVES - APELADO(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS, PJ COMARCA LAGOA PRATA -

RELATOR: EXMO. SR. DES. GUDESTEU BIBER Belo Horizonte, 08 de maio de 2001. Publicação: 11 de maio de 2001.

TJMG. PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. APELAÇÃO CRIMINAL (APELANTE) Nº 000.217.432-4/00 - COMARCA DE LAGOA DA PRATA - APELANTE(S): MARCILENE NEVES SILVA, OU MARCILENE DAS NEVES SILVA CHAVES - APELADO(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS, PJ COMARCA LAGOA PRATA - RELATOR: EXMO. SR. DES. GUDESTEU BIBER Belo Horizonte, 08 de maio de 2001. Publicação: 11 de maio de 2001.

TJMG. SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. APELAÇÃO CRIMINAL (APELANTE) Nº 000.156.635-5/00 - COMARCA DE FRUTAL - APELANTE(S): JUAREZ ROSENO DA SILVA - APELADO(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS, PJ 2 V COM FRUTAL - RELATOR: EXMO. SR. DES. REYNALDO XIMENES CARNEIRO. Belo Horizonte, 25 de novembro de 1999. Publicação em 1 de dezembro de 1999.

TJMG. SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Julg. 25/11/1999. Publicação 1/12/1999.APELAÇÃO CRIMINAL (APELANTE) Nº 000.156.635-5/00 - COMARCA DE FRUTAL - APELANTE(S): JUAREZ ROSENO DA SILVA - APELADO(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS, PJ 2 V COM FRUTAL - RELATOR: EXMO. SR. DES. REYNALDO XIMENES CARNEIRO.

TJMG. Segunda Câmara do TJMG. Apelação Criminal nº 1.0107.04.910501-1/001 – Comarca de Cambuquira. Relator: José Antonino Baía Borges. Julgamento: Belo Horizonte, 17/02/2005. Publicação: 03/03/2005.

TJMG. Segunda Câmara TJMG. Número do processo 1.0363.04.014334-1/001(1). Relator: JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES. Data do acordão: 02/06/2005. Data da publicação:11/06/2005.

TJMG. Segunda Câmara TJMG. Relatora: Des. Beatriz Pinheiro Caíres. Nº do processo: 1.0408.02.000139-7/001(1). Julgamento: 12/05/2005. Publicação: 31/05/2005.

TJMG. TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, 22 de junho de 2004. Data da publicação:15/09/2004. APELAÇÃO CRIMINAL (APELANTE) Nº 1.0474.03.006849-5/001 - COMARCA DE PARAOPEBA - APELANTE(S): LEANDRO TEIXEIRA - APELADO(S):

MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. ERONY DA SILVA.

TJMG. Terceira Câmara Criminal. APELAÇÃO CRIMINAL (APELANTE) Nº 1.0474.03.006849-5/001 - COMARCA DE PARAOPEBA - APELANTE(S): LEANDRO TEIXEIRA - APELADO(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. ERONY DA SILVA

TJMG. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Primeira Câmara Criminal. Processo: 1.0000.00.140526-5/000(1). Relator:GUDESTEU BIBER. Data do acordão: 20/04/1999. Data da publicação:27/04/1999.

TJMG. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Primeira Câmara Criminal. Número do processo: 1.0000.00.128907-3/000(1). Relator:SÉRGIO RESENDE. Relator do Acordão: Des. Zulman Galdino. Data do acordão:10/11/1998. Data da publicação:17/11/1998.

TJMG. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Segunda Câmara Criminal. Número do processo: 1.0000.00.241454-8/000(1). Relator: MÁRCIA MILANEZ. Data do acordão:18/12/2001. Data da publicação:01/02/2002.

TJMS – Acr – Classe A – XII – N. 54.749-3 – Miranda – 1ª T.Crim. – Rel. Des. Gilberto da Silva Castro – J. 21.10.1997.

TJMS – Acr – Classe A – XII – N. 55.120-2 – Campo Grande – 2ª T. – Rel. Des. Marco Antônio Cândia – J. 20.05.1998.

TJMS – Acr – Classe A – XII – N. 59.008-7 – Maracaju – 2ª T.Crim. – Rel. Juiz Rubens Bergonzi Bossay – J. 14.10.1998.

TJMS Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Revisão Criminal Nº 2004.004433-0/0000-00. Julg. 21/06/2004. Relator: Exmo. Sr. Des. Rui Garcia Dias.

TJMT – ACr 1.763/94 – Classe I – 14 – Pontes e Lacerda – 1ª C.Crim. – Relª Desª Shelma Lombardi de Kato – J. 23.08.1994.

TJMT – ACr 1.918/94 – Classe I – 14 – Várzea Grande – 1ª C.Crim. – Rel. Des. Carlos Avallone – J. 04.04.1995.

TJMT – ACr 2.406/97 – Classe I – 14 – Cáceres – 1ª C.Crim. – Rel. Des. Carlos Avallone – J. 06.05.1997.

TJMT – ACr 2.420/97 – Classe I – 14 – Cuiabá – 1ª C.Crim. – Rel. Des. Paulo Inácio Dias Lessa – J. 25.03.1997.

TJMT – HC 4.938/00 – Classe I – 09 – Capital – C.Esp. – Rel. Des. Mariano Alonso

Ribeiro Travassos – J. 11.07.2000.

TJPA 3ª Câmara Criminal Isolada do Tribunal de Justiça do Pará. Nº do Acórdão: 54539. Nº do Processo: 2004303168. Recurso / Ação:Apelação Penal. Data de Julgamento:21/10/2004. Comarca:Castanhal – PA. Relator: Desembargadora Heralda Dalcinda Blanco Rendeiro.

TJPE – Acr 99773-1 – Relª Desª Helena Caúla Reis – DJPE 11.11.2003.
TJPE – HC 110720-2 – Rel. Des. Og Fernandes – DJPE 19.08.2004.
TJPE – HC 87355–2 – Rel. Des. Nildo Nery – DJPE 05.11.2002).
TJPE – HC 95185-5 – Rel. Des. Fausto Freitas – DJPE 23.08.2003.

TJRJ – AC 19470/2001 – (2001.001.19470) – 10ª C.Cív. – Rel. Des. Sylvio Capanema – J. 04.12.2001.
TJRJ – AC 8662/2001 – (2001.001.08662) – 11ª C.Cív. – Rel. Des. Luiz Eduardo Rabello – J. 07.11.2001)
TJRJ – AC 9.376/1999 – (Ac. 04111999) – 2ª C.Cív. – Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho – J. 10.08.1999.
TJRJ – ACr 180/99 – (Reg. 200.599) – 1ª C.Crim. – Rel. p/o Ac. Des. Ricardo Bustamante – J. 23.03.1999.
TJRJ – ACr 3340/1999 – (13042000) – 8ª C.Crim. – Rel. Des. Flávio Magalhães – J. 24.02.2000.
TJRJ – ACr 497/1999 – (Ac. 16091999) – 2ª C.Crim.– Relª Desª Elizabeth Gregory – J. 01.06.1999.
TJRJ Tribunal de Justiça do Estado do RIO DE JANEIRO. Quinta Câmara Criminal. Rel. Des. Moacir Pessoa de Araújo. Apelação Criminal 2004.050.00929 – Angra dos Reis. Julg. 29.6.2004.
TJRJ Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Segunda Câmara Criminal. Habeas Corpus N° 04322-04. Paciente: Thomé Luiz Fonseca Júnior. Relatora: Gizelda Leitão Teixeira. www.tjrj.gov.br.
TJRJ Tribunal de Justiça do Estado do RIO DE JANEIRO.Quinta Câmara. Apelação Criminal 473/2001. Rel. Des. Jorge Uchoa. Julg. 18.06.2002.
TJRJ Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Ap. Crim. Nº 540/2004. 26/10/2004. Relator: Dês. Marco Aurélio Bellizze.
TJRJ Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Ap. Nº 2001.050.052. Julg. 03/04/2001. Relator: Des. Rudi Loewenkren.
TJRJ. Quinta Câmara Criminal do TJRJ. Rel. Des. Moacir Pessoa de Araújo. Apelação Criminal 2004.050.00929 – Angra dos Reis. Julg. 29.6.2004.

TJRJ. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Quinta Câmara Criminal. Apelação Criminal 473/2001. Rel. Des. Jorge Uchoa. Julg. 18.06.2002..
TJRJ. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Sexta Câmara Criminal. Apelação Criminal 5151/2001. Rel. Des. Marcus Quaresma Ferraz. Julg. 7.3.2002. Pub. 1.4.2002.

TJRS – AC 70004796231 – 7ª C.Cív. – Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos – J. 18.12.2002)
TJRS – Acr 698034030 – RS – 1ª C.Crim. – Rel. Des. Luiz Armando Bertanha de Souza Leal – J. 05.08.1998.
TJRS – ACR 70002666147 – 8ª C.Crim. – Rel. Des. Roque Miguel Fank – J. 05.09.2001.
TJRS – ACR 70003547338 – 1ª C.Crim. – Rel. Des. Marcel Esquivel Hoppe – J. 12.12.2001.
TJRS – ACR 70005607106 – 8ª C.Crim. – Rel. Des. Roque Miguel Fank – J. 18.06.2003.
TJRS – ACR 70005951801 – 8ª C.Crim. – Rel. Des. Sylvio Baptista Neto – J. 21.05.2003.
TJRS – APC 70005343512 – 7ª C.Cív.– Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos – DJRS 11.12.2002.
TJRS – APC 70006978779 – 5ª C.Cív. – Rel. Des. Leo Lima – J. 02.10.2003.
TJRS – SER 70007041866 – 1ª C.Crim. – Rel. Des. Ranolfo Vieira – J. 17.12.2003.
TJRS. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Primeira Câmara Criminal. Ap. Crim. Nº 70006848766. Relator: Des. Marcel Esquivel Hoppe. Julg. 03/12/2003.

TJSC – ACr 01.005132-0 – 1ª C.Crim. – Rel. Des. Genésio Nolli – J. 08.05.2001.
TJSC – ACr 26.903 – SC – 1ª C.Crim. – Rel. Des. Ernani Ribeiro – J. 17.05.1993).
TJSC – ACr 97.003218-8 – 1ªC.Cr. – Rel. Des. Nilton Macedo Machado – J. 27.05.1997. JC 25/436.
TJSC – ACr 98.001935-4 – SC – 1ª C.Crim. Rel. Des. Amaral e Silva – J. 28.04.1998.
TJSC – HC 9.695 – SC – 1ª C.Crim. – Rel. Des. Nauro Collaço – DJSC 25.03.1991 – p. 9.
TJSC – HC 96.007040-0 – SC – 1ª C.Crim. Rel. Des. Genésio Nolli – J. 26.05.1998.

TJSP – AC 122.758-5 – 2ª CDPúb. – Rel. Des. Alves Bevilacqua – J. 29.6.2000.
TJSP – Décima Nona Câmara Extraordinária do TJSP. Apelação nº 425.819.3/8-00 – Comarca de Ribeirão Preto. Relator: Fábio Gouvêa. Julgamento: São Paulo, 18/05/2004. Publicação: s/d.

TJSP – HC 280.038-3 – São Paulo – 5ª C.Crim. – Rel. Des. Dante Busana – J. 22.04.1999 – v.u.)

TJSP – Segunda Câmara Criminal do TJSP. Apelação Criminal nº 477.047-3/0-00 – Comarca de São Paulo. Relator: Pires Neto. Julgamento: São Paulo, 30/05/2005. Publicação: s/d.

TJSP – Sexta Câmara Criminal. Apelação Criminal nº 372.268.3/2 – Comarca de São Paulo. Relator: Haroldo Luz. Julgamento: São Paulo, 20/03/2003. Publicação: s/d

TJSP – Terceira Câmara Criminal Extraordinária do TJSP. Apelação Criminal nº 291.176-3/2-00 – Comarca de Barretos. Relator: Tristão Ribeiro. Julgamento: São Paulo, 15/03/2000. Publicação: s/d.

TJSP Acórdão 00037232, Apelação Cível 231.927.3/1 de Capão Bonito. Quinta Câmara Criminal de Férias do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Rel. Des. Geraldo Xavier. Julg. 5.03.1998.

TJSP Acórdão 00094650, proferido no Habeas Corpus 262.379-3/1, da Comarca de São Paulo. Terceira Câmara Criminal. Rel. Des. Oliveira Ribeiro. Julg. 1º de Setembro de 1998.

TJSP Acórdão 00214736, proferido na Apelação Criminal 241.434-3/0, da Comarca de Jundiaí. Primeira Câmara Criminal Extraordinária. Rel. Des. Oliveira Passos. Julg. 20.12.1999.

TJSP Acórdão 00239037, na Apelação Criminal 291.176-3/2-00, Terceira Câmara Criminal Extraordinária, Rel. Des. Tristão Ribeiro, julg. 15.3.2000;

TJSP Acórdão 00294946 na Apelação Criminal 264.409-314, Sexta Câmara Criminal, Rel. Des. Pedro Gagliardi, julg. 28.09.2000;

TJSP Acórdão 00307641, na Apelação Criminal 302.219-3/2, Quinta Câmara Criminal, Rel. Des. Gomes de Amorim, julg. 28.09.2000;

TJSP Acórdão 00702427 na Apelação Reclusão 313.068.3/8-00, Oitava Câmara Extraordinária, julg. 17.06.2004.

TJSP Acórdão 289.384-3/1-00 Apelação Criminal n. 289.384-3/1 — São Paulo — voto n. 5.949. Des. Cerqueira Leite.

TJSP Acórdão 315.986-3/0-00, proferido pelo Des. Salles de Abreu – voto 2.504 – na Apelação Criminal de igual número.

TJSP Acórdão 334.516-3/7-00 proferido na APELAÇÃO CRIMINAL N°334.516.3/7-00.

TJSP Acórdão 341.580-3/4-00 ACR 341.580-3/4 Rel. Des. Walter Guilherme.

TJSP APELAÇÃO CRIMINAL n.° 264.409-3/4-00 – SÃO PAULO – VOTO Nº 8.941.

Des. Pedro Gagliardi. Sexta Câmara Criminal. Julg. 28.09.2000.

TJSP Des. Silva Pinto. Acórdãos 270.325-3/0-00; 285.543-3/4-00; 333.537-3/5-00; 342.115-3/0-00; 349.885-3/4-00; 359.862-3/8-00; 369.705-3/0-00; 372.012-3/5-00.

TJSP Habeas Corpus 262.379-3/1 – SÃO PAULO. Terceira Câmara Criminal. Des. Oliveira Ribeiro. Julg. 1º.09.1998.

TJSP. Acórdão 00037232, proferido em março de 1998, no Agravo 231.927.3/1 Relator des. CELSO LIMONGI. Comarca: Capão Bonito. TJSP. http://juris.tj.sp.gov.br.

TJSP. ACÓRDÃO OO725O72. Apelação Criminal 35O9423/8, da comarca de Caçapava. Segunda Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator Des. SALLES ABREU. Julgamento em 10.11.2004. http://juris.tj.sp.gov.br.

TJSP. Apelação Cível 076.033-0/6-00, Acórdão 00434289, Relator o Des. Mohamed Amaro, julgada em 4 de fevereiro de 2002.

TJSP. Apelação Cível 093.648-0/2-00, Acórdão 00514009, Relator o Des. Fábio Quadros, FEBEM contra o Ministério Público.

TRF 1ª R. – ACr 96.01.24420 – DF – 3ª T. – Rel. Juiz Tourinho Neto – DJU 06.06.1997.

TRF 1ª R. – RCCR 40000019681 – PI – 4ª T. – Rel. Des. Fed. Carlos Olavo – DJU 18.12.2003 – p. 58.

TRF 2ª R. – Acr 2000.02.01.009014-5 – 6ª T. – Rel. Des. Fed. Poul Erik Dyrlund – DJU 08.09.2004 – p. 178/179.

TRF 2ª R. – Acr 2422 – 2000.02.01.031544-1 – RJ – 4ª T. – Rel. Des. Fed. Rogério V. de Carvalho – DJU 03.10.2000 – p. 93.

TRF 2ª R. – Acr 98.02.46347-7 – 3ª T. – Rel. Juiz Fed. Conv. Luiz Antônio Soares – DJU 29.06.1999 – p. 94.

TRF 4ª R. – ACr 2001.04.01.063599-7 – PR – 8ª T. – Rel. Juiz Fed. Otávio Roberto Pamplona – DJU 11.02.2004 – p. 474. JCP.344

TRF 4ª R. – HC 2000.04.01.022434-8 – RS – 2ª T. – Rel. Juiz Élcio Pinheiro de Castro – DJU 10.05.2000 – p. 537.

TRT 24ª R. – RO 1278/2001-005-24-00-4 – Relª Juíza Dalma Diamante Gouveia – J. 22.01.2003.

USSC United States Supreme Court - Suprema Corte dos Estados Unidos[571]

Elkins v. United States. No. 126. 364 U.S. 206.
Escobedo v. Illinois No. 615. 378 U.S. 478
Mapp v. Ohio No. 236. 367 U.S. 643
McNabb v. United States. 318 U.S. 332.
Miranda v. Arizona No. 759. 384 U.S. 436.
Olmstead v. United States. 277 U.S. 438.
Scott v. Sandford (1856) 60 U.S. 393
Stone v. Powell No. 74-1055. 428 U.S. 465
United States v. Janis. 428 U.S. 433.
United States v. Johnson No. 80-1608. 457 U.S. 537
United States v. Leon No. 82-1771. 468 U.S. 897

[571] Disponíveis em US Supreme Court Center at http://www.justia.us/.