

OS CONTORNOS JURÍDICOS DA PROIBIÇÃO À TORTURA: Uma análise da Lei 9.455 de 7 de abril de 1997 à luz dos tratados internacionais de direitos humanos

Bruno Rodrigues Carvalho de Aquino¹

1 INTRODUÇÃO

A idéia da tortura no Brasil quase sempre nos leva ao período da ditadura militar, em que a prática de tal ato era utilizada contra os opositores políticos, em nome de um bem maior e coletivo. Isso não é surpresa, uma vez que, além do excesso de crueldade e violência, as vítimas da prática de tortura na ditadura militar foram diferentes das vítimas de outras épocas e das vítimas de hoje. Entretanto, a tortura não surgiu na ditadura militar, muito menos no século XXI. A tortura no Brasil contra grupos invisíveis, vulneráveis e diferentes vem muito antes disso, desde o período da chegada dos portugueses nesta terra.

A não aceitação da diferença é um dos principais motivos para a prática de atos tão violentos contra o ser humano, desde os primórdios da civilização. Para torturar é preciso desconsiderar o outro, acreditando que ele não seja humano, que ele não seja digno de direitos e muito menos da própria personalidade.

A prática de tortura também não pode ser de responsabilidade exclusiva do Estado. A história mostra que pessoas desvinculadas ao Estado também praticaram atos de tamanha violência, buscando a despersonalização do outro, com diversos intuitos, seja para punir, coagir, interrogar, obter confissão ou até mesmo por prazer.

¹ Pós graduando *latu sensu* em Direito Civil e Direito Processual Civil pela faculdade Estácio de Sá de Belo Horizonte/MG. Bacharel em Direito pela Faculdade Estácio de Sá de Belo Horizonte/MG.

A sociedade avançou no combate a tortura. Vários tratados internacionais de direitos humanos que proíbem a prática de tal ato foram assinados e ratificados pela maioria dos países.

No Brasil, além dos tratados internacionais incorporados ao Ordenamento Jurídico e a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que proíbe, expressamente, a prática de tortura, tem-se também uma Lei Federal específica, a Lei nº 9.455 de 1997, que, além de definir pela primeira vez no direito interno brasileiro o que vem a ser crime de tortura, prevê as penas da prática deste crime.

Cabe salientar, ainda, que os ramos do direito não se confundem, sendo diferentes e autônomos, dentre outros, os ramos do Direito Internacional de Direitos Humanos, o Direito Civil, o Direito Penal, o Direito Penal Internacional e o Direito Internacional Humanitário. Entretanto, a análise conjunta destes vários ramos do direito é essencial, principalmente no estudo da prática de tortura, cada qual com sua importância e peculiaridades acerca do tema. Não há como falar de proibição da tortura sem pensar no trabalho conjunto dos vários ramos do direito.

Primeiro este trabalho fará uma breve retrospectiva da tortura no Brasil, desde o período colonial até os dias atuais, mostrando que o não reconhecimento da diferença no outro, sempre esteve presente, em maior ou menor escala, para a prática de atos tão violentos e que a responsabilidade de tais atos não foram exclusivas do Estado, mas também de setores privados e indivíduos desvinculados a órgãos estatais. Ainda, é importante que se conheça o passado para que os mesmos erros e barbáries não voltem a ocorrer. Posteriormente, serão traçadas as diversas definições de tortura e os avanços na legislação interna e internacional. Abordará também a problemática gerada pela Lei 9.455/97, uma vez que caracterizou o crime de tortura como comum, indo em sentido contrário às definições do que vem a ser tortura nos tratados internacionais, que caracterizam tal prática como própria, isto é, sendo possível a prática apenas por agentes públicos. Este é o principal ponto do artigo, que visa esclarecer se a Lei 9.455/97 é (in)constitucional e se a definição do crime de tortura como comum é mais benéfico para a sociedade brasileira. Para isso, será feito uma análise acerca, não somente da doutrina, mas também da jurisprudência a respeito do tema, contrapondo o que tem sido

decidido nos vários ramos do direito interno e internacional. Afinal, apesar da grande importância da doutrina para o direito, a jurisprudência demonstra como está sendo tratado este tema pelos julgadores, colocando em prática o que é estudado.

2 TORTURA NO BRASIL: EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O período da ditadura militar no Brasil foi marcado por muita violência, atingindo o ápice da tortura. Entretanto, tal prática no Brasil é ainda mais antiga, estando presente desde a chegada dos Europeus às Américas.

Para Mariz Maia (2000), os indígenas, considerados selvagens, muitas vezes equiparados às feras, animais irracionais, eram submetidos a tratamentos cruéis, trabalho escravo e um total desrespeito as suas crenças pelos colonizadores. Tirados de sua cultura e forçados a seguir uma religião européia, acabavam perdendo sua identidade, ou seja, eram totalmente despersonalizados.

Por motivos políticos, religiosos, econômicos ou até mesmo por simples prazer, os nativos eram retirados de suas tribos e famílias e forçados a trabalharem de uma forma que não eram acostumados. Eram barbaramente violentados, espancados, escravizados e assassinados. As mulheres indígenas eram usadas como instrumento para dar prazer aos colonizadores. Eram estupradas, surradas e, quando não eram mais “úteis”, eram assassinadas (MARIZ MAIA, 2000).

Tais atos não eram encarados como atos de crueldade pela grande maioria dos colonizadores, afinal, indígena não era considerado ser humano, não era “gente”, mas simples fera que deveria ser dominada pelo homem.

Tempos depois, com a necessidade de mão de obra mais forte, os colonizadores foram buscar os africanos, famosos pela força física. Os escravos negros foram trazidos para o Brasil com a tortura sempre presente. Não eram conhecidos como selvagens, mas como mercadorias. Eram retirados de suas comunidades e vendidos aos “Senhores”, donos de grandes propriedades. Logo na chegada, os escravos eram surrados e açoitados para que ficasse claro que somente os “Senhores” possuíam direitos e que os

escravos eram meros objetos, existindo apenas para servir (MARIZ MAIA, 2000).

Mais uma vez há a despersonalização do ser humano, que agora não era mais animal, mas objeto.

[...] 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 mandá-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".(ALENCASTRO 2000 apud MARIZ MAIA, 2000)

Interessante frisar que, neste período, os senhores dos escravos não eram agentes estatais, ou seja, eram civis, pertencentes ao setor privado. Mesmo assim, estes senhores eram os grandes responsáveis pelos abusos que os escravos sofriam. Com ou sem o aval do Estado, o setor privado cometia atos de extrema violência contra os escravos.

[...] Um deles era o ferro no pescoço, outro o ferro ao pé; havia também a máscara de folha-de-flandres. A máscara fazia perder o vício da embriaguez aos escravos, por lhes tapar a boca. Tinha só três buracos, dois para ver, um para respirar, e era fechada atrás da cabeça por um cadeado. Com o vício de beber, perdiam a tentação de fumar, porque geralmente era dos vinténs do senhor que eles tiravam com que matar a sede, e aí ficavam dois pecados extintos, e a sobriedade e a honestidade certas. Era grotesca tal máscara, mas a ordem social e humana nem sempre se alcança sem o grotesco, e alguma vez o cruel. Os funileiros as tinham penduradas, à venda, na porta das lojas.[...](ASSIS 1995, p. 35)

As práticas de tortura e maus-tratos eram comuns durante todo o império, tendo como base os detentores do poder econômico e também do poder político, utilizando a violência contra os despossuídos, negros, indígenas e pobres em geral, "como modo de garantir controle social, como intimidação, castigo ou mero capricho" (MARIZ MAIA, 2000).

Mais uma vez não podemos afirmar que a responsabilidade da prática de tortura era exclusiva do Estado, mas, de modo geral, daqueles que detinham poder, seja econômico, político ou militar, estando ou não vinculado ao setor público.

Após a Proclamação da Independência do Brasil foi criada a primeira Constituição Brasileira, em 1824, denominada Constituição Política do Império do Brasil. Esta constituição passou a proibir qualquer tipo de penas ou castigos cruéis e desumanos.

Art. 179, IX - desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis.

Art. 179, XXI - as cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza de seus crimes. (BRASIL, 1824)

Sem dúvida foi um grande avanço ao combate à tortura. Entretanto, será que tal proibição valia para todos? Será que os vulneráveis e diferentes estavam, enfim, tendo seus direitos preservados?

É claro que não. Tal proibição valia somente para os cidadãos do Império, ou seja, os considerados dignos à época. Os escravos, como não eram “gente”, e sim mercadorias, não possuíam direitos, ou seja, a proibição da tortura não valia para eles.

O Código Penal de 1830 permitia que os escravos fossem espancados e torturados.

Art. 60 [...] 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 cinquenta. (BRASIL, 1830)

O não reconhecimento do outro, como ser humano igual, mais uma vez impede que os direitos humanos sejam preservados. Afinal, o que não é considerado humano, não é digno de direitos humanos. Além disso, cabe ressaltar que essas penas não eram aplicadas pelas autoridades estatais, mas sim pelos senhores dos escravos, pertencentes a esfera privada.

Com o tempo, nossa legislação foi avançando no combate a tortura. A escravidão foi abolida em 1888, pela Lei Áurea. O Brasil se transforma em República em 1889 e em 1891, com a Constituição Republicana, são abolidas as penas de galés, banimento e de morte. As legislações vão se atualizando e as constituições de 1934, 1937 e 1946 trazem expressas proibições de penas corporais perpétuas. Entretanto, a proibição legal da tortura não acabou com a

prática da mesma. A tortura continuou e continua até hoje. A prática da tortura sempre esteve presente na história brasileira: Confederação do Equador, em 1817, quando frei Caneca foi executado; a Sabinada na Bahia, em 1831; a Guerra dos Farrapos no Rio Grande do Sul, em 1835; a Balaiada no Maranhão, em 1838; no período da revolução industrial, contra os imigrantes italianos, em 1930, no primeiro governo de Getúlio Vargas e em todos os períodos históricos do Brasil (MARIZ MAIA, 2000).

Na segunda metade do século XX, a América Latina viveu período de intensas ditaduras militares e conflitos armados. A ditadura militar no Brasil (1964-1985) teve um longo período de duração, o qual se estendeu por 21 anos. Seus métodos também não foram impostos de imediato. As garantias de liberdade foram reduzindo gradativamente. Os militares passaram a legislar por meios excepcionais, utilizando instrumentos normativos que dispensavam a aprovação do Poder Legislativo. O Estado de Direito sumiu em meio à “guerra” contra os cidadãos brasileiros que resistiram ao regime militar. Com a extinção dos partidos políticos e a perseguição aos militantes contra o regime, estes passaram a buscar lugares em regiões afastadas no País para se organizarem contra o regime militar imposto. Estima-se que, em abril de 1972, aproximadamente 90 pessoas formavam este grupo que se denominou Guerrilha do Araguaia. Neste mesmo período, as Forças Armadas brasileiras mobilizaram cerca de 3.800 militares para combater os guerrilheiros. Durante este combate ocorreram inúmeras detenções arbitrárias, torturas, execuções e desaparecimentos forçados, impostos contra os militantes do PC do B e contra a população local, onde viviam os guerrilheiros (KRSTICEVIC; AFFONSO, 2011).

Na ditadura militar, de 1964 a 1985, a tortura se apresentou de forma plena, utilizada como instrumento político para arrancar informações de todos que ousavam discordar do regime então vigente. Nesse sentido, afirma-se que:

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. (MARIZ MAIA, 2000)

O regime militar fundamentou-se na chamada doutrina de segurança nacional e seus elementos integradores: a identificação de toda oposição ao

regime como guerra psicológica contrária e de todo opositor como inimigo interno. Neste período, os partidos políticos foram extintos, as instituições de ensino foram transformadas em ilegais e a imprensa foi censurada. Este regime militar viveu um aumento de violência institucional e policial, chegando ao auge com a edição, em 1968, do Ato Institucional nº 5. Na prática, o AI – 5 permitiu a instalação de lugares de detenção clandestinos, constituiu uma autorização velada para atuação sem controle da polícia política, militar e civil e a elas deu o direito de prender sem ordem judicial, torturar, matar e fazer desaparecer (SANTOS JR, 2011).

O AI – 5 (Ato Institucional nº 5) impôs no Brasil um verdadeiro regime policial, com uma repressão impiedosa. Este ato foi, acima de tudo, um instrumento totalitário para a punição de militantes da esquerda e de críticos universitários, jornalistas e de pessoas de diversos segmentos da sociedade que se solidarizavam com as vítimas da repressão. Para isso, a tortura foi utilizada sem hesitação (CONTREIRAS, 2005).

Em seu livro “AI-5 A Opressão no Brasil”, Hélio Contreiras traz depoimentos de diversas pessoas que participaram ou presenciaram as barbáries no período da ditadura militar de 1964. Uma de suas entrevistadas foi a historiadora Inês Etienne Romeu, que diz:

Fui torturada em 1971, na Casa de Petrópolis [onde atuou o coronel Freddie Perdigão, que em 1999 seria indiciado pelo segundo IPM sobre o atentado do Riocentro], como denunciei em 1981, após minha libertação. Antes da minha prisão, já sabíamos do elevado grau de violência praticada na Oban, em São Paulo, e da colaboração de empresários para os chamados “órgãos de segurança”. [...] Lá, sofri violências físicas e choques elétricos, e fui estuprada. (CONTREIRAS, 2005, p. 176)

Outro torturado entrevistado por Hélio Contreiras foi o jornalista Ivan Seixas. Segundo ele:

Fui preso dia 16 de abril de 1971 pela Operação Bandeirantes, junto com meu pai, Joaquim Alencar Seixas, que morreu no dia seguinte, vítima de tortura. Na Oban me colocaram no pau-de-arara (de cabeça para baixo), me aplicaram choques elétricos, depois fizeram afogamento e simulação de fuzilamento. Passei um mês lá e vi alguns presos morrerem, depois de sofrerem tantas agressões e vários tipos de tortura. (CONTREIRAS 2005, p. 178)

A tortura na ditadura militar não era uma prática nova. Como visto, desde os tempos da chegada dos Europeus ao Brasil tais atos são utilizados como controle social, separando quem é cidadão de direitos de quem não é ser humano.

Então, porque a tortura na ditadura militar marcou tanto? Porque se fala até hoje em punir os torturadores desta época, mas não se preocupam com a tortura que está acontecendo nos dias atuais?

Primeiro, porque a tortura da ditadura militar atingiu ápices no excesso de violência e na especialização em técnicas de tortura, como percebe-se no relato do advogado Dimas Perrin, um dos muitos torturados nos porões da ditadura militar.

[...] Nesse dia, agiram com mais crueldade ainda. Depois da sessão de choques e murros, puseram-me em pé e começaram a jogar-me para cima, de modo que, quando eu caía, tonto, era como se me esborrachasse no chão. Aí me levantavam aos chutes e pescoções, e de novo, repetiam as violências. Depois amarraram os fios em meus membros sexuais e me aplicaram descargas tão violentas que cheguei a cair no chão. Jogaram-me água sobre o corpo. Levantaram-me e me empurraram, obrigando-me a ficar colado na parede, com as mãos levantadas, de modo que eu não pudesse arrancar os fios que me prendiam nem proteger o membro amarrado e submetido à tortura dos choques. Quando me afastava um pouco da parede, um dos monstros me empurrava para ela com o pé calçado para evitar as transferências dos coques que me afligiam. (PERRIN 2004, p. 52-53).

Alem disso, a diferença das vítimas da tortura de outras épocas para a tortura da ditadura militar foram significantes. Ao contrário do que ocorreu no período colonial, na ditadura militar as vítimas eram estudantes, jornalistas, políticos contrários ao governo, advogados, enfim, todos que enfrentassem o regime eram submetidos à tortura. A tortura deixou de ser um ato somente contra os despossuídos e passou a ser utilizada como meio para proteger o regime daquele que ousasse enfrentá-lo. Neste período, a prática da tortura veio com toda força. Em nome de um bem maior, os militares torturavam qualquer pessoa que fosse contra o governo. Agora, qualquer ser humano que fosse contra as ideologias do governo, seja pobre ou rico, pertencente a classe das minorias ou dos privilegiados, sofria com as práticas da tortura e de outras penas cruéis, desumanas ou degradantes (MARIZ MAIA, 2000).

Alem disso, há relatos de que os agentes estatais também sofreram atos violento por parte dos opositores políticos e dos guerrilheiros que combatiam o regime daquela época.

Apesar de uma mudança no *status* das vítimas na ditadura militar, uma característica é semelhante a todas as outras vítimas da tortura: a diferença. Seja de cultura, etnia, cor, opinião política ou orientação sexual, a diferença sempre foi combatida com atos de extrema violência. É notório o desprezo do agressor em relação ao agredido, como se este não fosse digno de tratamentos humanos. Quem tortura não consegue enxergar no torturado qualquer sinal de direito à dignidade e/ou ao respeito que o ser humano merece.

Mas, para aqueles monstros não existe respeito, nem dignidade. Eles são insensíveis e cretinos. Chegavam a dizer que sentiam fazer o que faziam porque eu poderia ser pai deles. Mas se compraziam em me torturar, em fazer apreciações ridículas a meu respeito, em insultar-me com ofensas imorais e sem nenhuma razão de ser. (PERRIN 2004, p. 49).

Cabe lembrar também que o período da ditadura militar é discutido até hoje no judiciário brasileiro e internacional.

Em 1979, ainda em um período de Ditadura Militar, o Brasil promulgou a Lei 6.683/79, denominada Lei de Anistia, com o intuito de anistiar todos os crimes políticos cometidos por militares e militantes no período da ditadura, e, conseqüentemente, os crimes conexos (PIOVESAN, 2011).

Em 2008, a OAB interpôs Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 153, perante o STF, requerendo que o parágrafo único do art. 1º da Lei de Anistia fosse interpretado de forma que a anistia não se estendesse aos crimes comuns praticados durante a ditadura militar. Em 28 de abril de 2010, o STF julgou a ADPF 153, declarando-a improcedente, por 7 a 2. Durante o prosseguimento da ADPF 153, já havia sido ajuizado a demanda da Comissão Interamericana de Direitos Humanos contra o Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), proposta em 26 de março de 2009. O caso foi denominado Gomes Lund e outros VS Brasil. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos entendeu que o Brasil era responsável pela detenção, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre

militantes e população local, na operação do Exército realizada em 1972, com o objetivo de combater a Guerrilha do Araguaia. Em 24 de novembro de 2010, a CIDH condenou o Brasil, por unanimidade, impondo que este investigasse e punisse os responsáveis pelos crimes de tortura e desaparecimentos forçados e orientou que o Estado brasileiro criasse uma Comissão da Verdade. (RAMOS, 2011).

A Comissão da Verdade tem como uma de suas funções, procurar saber o que aconteceu em relação a graves violações de direitos humanos, visando contribuir para a não repetição de tais atos (WEICHERT, 2011).

Apesar da negativa de validade da referida decisão da CIDH pelo STF, esta decisão é de cumprimento obrigatório por todos os órgãos internos do Brasil, uma vez que o Estado brasileiro, além de ratificar a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), também reconheceu a competência da CIDH.

A criação de uma Comissão da Verdade (Lei 12.528 de 18 de Novembro de 2011), em 16 de maio de 2012, traz um avanço significativo no combate a tortura no Brasil, uma vez que, além de não permitir que graves violações de direitos humanos fiquem impunes, ajuda no avanço das legislações que visem o combate das práticas de tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

Nos dias de hoje, não se ouve falar mais, com tanto enfoque, em tortura como meio de inibir a opinião ou contra quem não é a favor do governo. A tortura voltou a ter como vítimas os despossuídos, sendo praticada, na maioria das vezes, por quem deveria reprimi-las. Esta prática voltou a ter status de controle social, protegendo os cidadãos da “feiura” da miséria.

3 TORTURA: DEFINIÇÃO

Como visto acima, várias Constituições proibiram a prática da tortura, entretanto, não trouxeram precisa definição legal.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, criada em 1949, pós Segunda Guerra Mundial, veio proibir, expressamente, a prática da tortura, em seu artigo V. Este é o primeiro estandarte universal no combate a tortura.

Artigo 5º - Ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. (BRASIL, 2011, p.1748).

A comunidade internacional começou a avançar na proteção dos direitos humanos. Entretanto, esta Declaração ainda não definiu a tortura.

A Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, criada em 1969, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, previa em seu artigo 5º a proibição da prática de tortura, mas também sem defini-la.

Artigo 5º 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. (BRASIL, 2011, p. 1788).

Mas afinal, o que é esta prática tão violenta a ponto de despersonalizar a sua vítima?

A primeira definição da prática de tortura apareceu com a Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, em 1984, conhecida também como Convenção da ONU Contra a Tortura.

Artigo 1º - Para fins da presente Convenção, o termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de 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.

Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência, unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram[...] (BRASIL, 2003, p. 495).

Posteriormente, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, de 1985, também definiu a prática de tortura.

Artigo 2º - Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por tortura todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, 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.

Não estarão compreendidos no conceito de tortura as penas ou sofrimentos físicos ou mentais que sejam consequência de medidas legais ou inerentes a elas, contanto que não incluam a realização dos atos ou a aplicação dos métodos a que se refere este artigo. (BRASIL, 2003, p. 541).

Ainda, segundo esta Convenção:

Artigo 3º - Serão responsáveis pelo delito de tortura:

a) Os empregados ou funcionários públicos que, atuando nesse caráter, ordenem sua comissão ou instiguem ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou, podendo impedi-lo, não o façam;

b) As pessoas que, por instigação dos funcionários ou empregados públicos a que se refere a alínea a, ordenem sua comissão, instiguem ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou nele sejam cúmplices. (BRASIL, 2003, p. 541).

No Brasil, como resposta aos acontecimentos da ditadura militar e para prevenir que violências cometidas neste período não ocorram novamente, foi criada a Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, com uma larga proteção aos direitos humanos, diferenciando das constituições anteriores. Esta Constituição prevê, dentre outros direitos fundamentais, que ninguém será submetido à tortura.

Artigo 5º, III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante. (BRASIL, 2011, p. 22).

A CRFB/88 ainda, em seu artigo 5º, inciso XLIII, dispõe que a tortura constitui crime inafiançável.

Artigo 5º, 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 evita-los, se omitirem. (BRASIL, 2011, p. 24).

A Constituição de 1988, além de proibir a prática da tortura, ainda caracterizou-a como crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, uma

vez que se trata de crime contra a humanidade. Entretanto, a CRFB/88 não explicou o que é tortura.

A definição de o que vem a ser a prática da tortura só apareceu na legislação interna brasileira em 1997, com a criação da Lei 9.455/97, denominada Lei contra a Tortura. Esta Lei trouxe logo em seu artigo 1º a definição do referido crime:

Art. 1º Constitui crime de tortura:

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

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.

§ 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.

§ 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. (BRASIL, 2011, p. 1203).

A Lei 9.455/97 amplia a definição do crime de tortura previsto nos instrumentos internacionais. Ao contrário da Convenção da ONU Contra a Tortura e da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, esta Lei caracteriza a tortura como crime comum.

Com a definição mais abrangente da Lei brasileira contra a tortura, gerou-se uma discussão entre os doutrinadores em relação à sua (in)constitucionalidade, uma vez que difere dos tratados internacionais em que o Brasil é signatário.

Antes de analisar acerca da constitucionalidade da Lei 9.455/97, faz-se necessário verificar o status em que os Tratados Internacionais contra a tortura foram recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

4 RECEPÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Convenção da ONU Contra a Tortura foi aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo 4, de 23 de maio de 1989, e promulgada pelo Decreto 40, de 15 fevereiro de 1991. Já a Convenção Interamericana Para Prevenir e Punir a Tortura, foi ratificada pelo Brasil em 20 de julho de 1989. Assim, como o Brasil é signatário de ambos os tratados, este deve respeitar e fazer respeitar o conteúdo previsto nas convenções. O Brasil passa a ser obrigado a cumprir tudo o que está previsto nestes tratados, observando o princípio do *pacta sunt servanda*, uma vez que, no uso pleno de sua soberania, o Brasil concordou em fazer parte dos referidos tratados internacionais.

Para afirmar a obrigatoriedade dos tratados para os Estados-parte, dispõe a Convenção de Viena, em seu artigo 26:

Art. 26 Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé. (BRASIL, 2011, p. 1782).

Ainda, nesse sentido, dispõe o artigo 27 da mesma convenção:

Art. 27 Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado[...] (BRASIL, 2011, p.1782).

Entretanto, cabe agora identificar a força destes tratados no ordenamento jurídico interno. Deve-se verificar se estes tratados possuem força de norma constitucional, supra legal ou possuem força de norma infraconstitucional, ou seja, lei federal.

No período de ratificação e promulgação destes dois tratados internacionais, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 já estava em vigor, entretanto, com algumas diferenças em relação aos dias atuais. Em 2004, com a Emenda Constitucional 45, foi acrescentado ao artigo 5º da CRFB/88 os parágrafos 3º e 4º. O parágrafo 3º dispõe o seguinte:

Art. 5º. §3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (BRASIL, 2011, p. 26)

Esta mudança gerou grande discussão entre os doutrinadores em relação à força que os tratados internacionais referentes a direitos humanos que foram ratificados antes da EC 45/2004 ou que foram aprovados com um quorum inferior ao previsto no §3º do artigo 5º da CRFB/88. Os posicionamentos em relação ao status dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos ainda são muito divergentes. Segundo tese, hoje majoritária no Supremo Tribunal Federal, se confere *status* supralegal aos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, ficando acima da legislação ordinária, situando-os, no entanto, em nível abaixo das normas constitucionais. Este entendimento está presente no julgamento do RE 466.343, de 03 de dezembro de 2008, onde o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em emblemático voto de 59 páginas, entendeu ser os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, que não foram aprovados pelo quorum previsto no §3º do art. 5º da CRFB/88, normas de *status* supralegal. Esta mesma corrente entende que os tratados internacionais que versem sobre direito humanos possuirão status de norma constitucional se votados pela mesma sistemática das emendas constitucionais (EC) pelo Congresso Nacional, conforme preconiza o mencionado § 3º do art. 5º da CRFB/88.

Apesar de ser este o entendimento majoritário do STF, os Ministros Celso de Mello, Cesar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau, neste mesmo julgamento (RE 466.343, de 2008) entenderam ter os Tratados Internacionais de Direitos Humanos *status* constitucional.

Segundo Celso de Mello:

É preciso ressaltar, no entanto, como precedente já enfatizado, as convenções internacionais de direitos humanos celebradas antes do advento da EC nº 45/2004, pois, quanto a elas, incide o §2º do art. 5º da Constituição, que lhes confere natureza materialmente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que se subsumam à noção mesma de bloco de constitucionalidade. (BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Voto do ministro Celso de Mello. RE 466.343. Rel. Ministro Cesar Peluso. p. 53/54)

Alem disso, a tese de que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, independente do quorum, devem ter *status* de norma constitucional está sendo adotada em nossos tribunais, como é o caso destacado a seguir:

É que sendo o Brasil país signatário de Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos, tais como aquelas acima enumeradas, as quais, por sua vez, prescindem de intermediação do Poder Legislativo para lhes outorgar vigência ou obrigatoriedade no âmbito interno, ao contrário de outras convenções que não guardem pertinência com os direitos fundamentais do homem, traz como consequência inafastável a conclusão de possuírem aquelas status de norma constitucional, havendo, por assim dizer, uma assimilação automática de seu conteúdo como norma constitucional auto-aplicável, passando a integrar a categoria dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação criminal nº 1.0000.00.220572-2/000. Rel. Desembargador Reynaldo Ximenes Carneiro).

A doutrinadora Flávia Piovesan, referência no estudo do direito internacional dos direitos humanos, entende desta mesma forma. Para ela, o *quorum* de aprovação previsto no §3º do art. 5º da CRFB/88 está tão somente reforçando a natureza constitucional dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, ao adicionar um requisito formalmente constitucional aos tratados ratificados, proporcionando a forma constitucional dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno (PIOVESAN, 2011, p. 124).

A constituição brasileira de 1988 deixa claro que os tratados internacionais em que o Brasil for signatário não serão excluídos pelos direitos e garantias expressos na CRFB/88.

Dispõe o § 2º, art. 5º da CRFB/88:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL, 2011, p.26).

Interpretando o referido artigo, em seu livro “Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional”, Flávia Piovesan explica o seguinte:

Ora, ao prescrever que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais”, a *contrario sensu*, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos e enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Esse processo de inclusão implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos. (PIOVESAN, 2011, p. 104).

E a autora continua:

Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. (PIOVESAN, 2011, p. 104).

O entendimento da autora parece ser o mais acertado e é também o entendimento adotado pelo doutrinador Antônio Augusto Cançado Trindade, citado também na obra de Flávia Piovesan. Cançado Trindade dispõe o seguinte:

Assim, a novidade do art. 5º (2) da Constituição de 1988 consiste no acréscimo, por proposta que avancei, ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, dos direitos e garantias expressos em tratados internacionais sobre proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte. Observe-se que os direitos se fazem acompanhar necessariamente das garantias. É alentador que as conquistas do Direito Internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no Direito Constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista. (CANÇADO TRINDADE, 1996 apud PIOVESAN, 2011, p.104/105).

Sendo assim, tanto a Convenção da ONU Contra a Tortura quanto a Convenção Interamericana Para Prevenir e Punir a Tortura devem ser interpretadas como normas com status constitucional, ficando acima das legislações infraconstitucionais, por tratarem de conteúdo de direitos humanos, uma vez que encontram amparo no §2º do art. 5º da CRFB/88.

Após definir o *status* dos tratados internacionais que definem a prática de tortura, o importante é verificar se a Lei 9.455/97 fere ou não os tratados internacionais recepcionados pela constituição brasileira como normas constitucionais.

Apesar da grande discussão acerca da recepção dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, cabe ressaltar que, mesmo aplicando o entendimento do STF, onde os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil sem o quorum de votação das Emendas Constitucionais são recepcionados como normas supralegais, estes estarão, ainda, acima das normas infraconstitucionais e, conseqüentemente, da Lei Federal 9.455/97.

5 O CONCEITO DE TORTURA NA LEI 9.455/1997 EM COMPARAÇÃO AOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Como visto acima, a Lei federal nº 9.455/97 diverge-se dos tratados internacionais de direitos humanos sobre tortura, uma vez que estes definem a prática da tortura como própria, ou seja, admitindo como sujeito ativo apenas agente público. Ao contrário, a Lei nº 9.455/97 define o crime de tortura como próprio, conforme o artigo a seguir:

Art. 1º Constitui crime de tortura:

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

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.

§ 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.

§ 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. (BRASIL, 2011, p.1203).

Em contraste, a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes tortura pode ser definida da seguinte forma:

Artigo 1º - Para fins da presente Convenção, o termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de 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.

Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência, unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram[...] (BRASIL, 2003, p. 495).

Nota-se que há diferenças entre as definições trazidas pela Lei nº 9.455/97 e a Convenção da ONU contra a Tortura.

A principal divergência diz respeito a definição do agente da prática de tortura. Segundo a Convenção da ONU contra a Tortura, somente pode cometer tal delito “funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência”.

Este é o mesmo entendimento trazido pela Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, uma vez que prevê em seu artigo 3º que somente agentes públicos ou outra pessoa, por instigação dos agentes públicos, serão responsáveis pelo crime de tortura.

Artigo 3º - Serão responsáveis pelo delito de tortura:

- a) Os empregados ou funcionários públicos que, atuando nesse caráter, ordenem sua comissão ou instiguem ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou, podendo impedi-lo, não o façam;
- b) As pessoas que, por instigação dos funcionários ou empregados públicos a que se refere a alínea a, ordenem sua comissão, instiguem ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou nele sejam cúmplices. (BRASIL, 2003, p. 541).

Sendo assim, o delito de tortura é considerado pelo ordenamento jurídico internacional como crime próprio, ou seja, podendo ser praticado somente por determinadas pessoas.

Já na Lei nº 9.455/97, o crime de tortura pode ser praticado por qualquer pessoa, ou seja, trata-se de um crime comum.

5.1 Tortura: Crime comum ou crime próprio?

Para melhor análise acerca do tema e das várias definições do delito de tortura faz-se necessário diferenciar a classificação de crime próprio, comum e de mão própria.

Segundo o doutrinador Cezar Roberto Bitencourt, (2007, p. 214/215) “crime comum é o que pode ser praticado por qualquer pessoa (lesão corporal, estelionato, furto)”. Já o crime próprio exige do agente certa qualidade ou condição especial, ou seja, somente podem ser praticados por determinadas pessoas.

Para Guilherme de Souza Nucci, os crimes próprios ainda podem ser subdivididos em puros e impuros:

Os próprios podem ser subdivididos em puros e impuros. Os primeiros dizem respeito aos delitos que, quando não forem cometidos pelo sujeito indicado no tipo penal, deixam de ser crimes, caso a conduta se concretize por ato de outra pessoa... Os impuros referem-se aos delitos que, se não cometidos pelo agente indicado no tipo penal, transformam-se em figuras delituosas diversas. (NUCCI 2011, p. 182/183)

Ao contrário, o crime de mão própria “é aquele cuja execução é intransferível, indelegável, devendo ser levado a efeito pelo próprio agente, com suas próprias mãos” (GRECO 2009, p. 100/101).

A diferença entre crime próprio e crime de mão própria é que no crime próprio o sujeito ativo pode determinar que outra pessoa execute a ação delituosa, embora possam ser praticados apenas por certos grupos de pessoas. Já o crime de mão própria não pode ser cometido por meio de outra pessoa, devendo ser o sujeito ativo o executor da ação delituosa. É uma infração penal personalíssima.

Neste sentido, tanto a Convenção da ONU Contra a Tortura quanto a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura definem o delito tortura como crime próprio, podendo ser praticado apenas por agentes públicos ou por intermédio, instigação ou aquiescência destes.

5.2 A discussão sobre a constitucionalidade da Lei 9.455/97 em relação aos tratados internacionais de direitos humanos

Importante é identificar se, por possuir uma definição diferente (mais abrangente) em relação aos tratados internacionais de direitos humanos, a Lei 9.455/97 é ou não inconstitucional.

Inicialmente, Alberto Silva Franco (1997), entendendo que os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos possuem status de norma constitucional, assume o posicionamento de que a Lei federal nº 9.455/97, por desvirtuar o teor das Convenções Internacionais supracitadas uma vez que tipifica o delito da tortura como crime comum, diferente dos tratados internacionais, é inconstitucional. Segundo ele:

[...] o conceito de tortura, como crime próprio, já faz parte do ordenamento jurídico brasileiro, em grau constitucional. É evidente que tal conceito não dispensa, por respeito ao princípio da reserva legal também de nível constitucional, da intermediação do legislador infraconstitucional para efeito de sua configuração típica. Mas esse legislador não poderá, sem lesionar norma de caráter constitucional, construir um tipo de tortura que não leve em conta o conceito já aprovado em convenções internacionais. Assim, a lei ordinária que desfigure a tortura de forma a torná-la um delito comum e não próprio, está eivada de manifesta inconstitucionalidade [...] (SILVA FRANCO, 1997, p. 59).

Esse também é o entendimento de parte dos tribunais mineiros. Segundo o Desembargador Reynaldo Ximenes Carneiro, o crime de tortura só pode ser praticado por agente público, senão veja-se:

Conquanto a elaboração alargada da Lei nº 9.455/97 quase sempre induza à consideração de que qualquer pessoa possa praticar o delito, é de se repetir que qualquer construção típica neste sentido, tal como se operou na hipótese dos autos, traduz inconstitucionalidade manifesta, por ferir norma constitucional integrada automaticamente ao nosso ordenamento jurídico, com embasamento em Tratados Internacionais de Direitos Humanos do qual o Brasil é signatário, os quais limitam a conceituação do sujeito ativo do crime, fato que está a recomendar, no caso dos autos, a desclassificação do delito de tortura pra o crime de maus-tratos, na forma qualificada, previsto no art. 136, § 1º c/c § 3º, do CP, à vista de ser possível a emendatio libelli em segundo grau de jurisdição. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação criminal nº 1.0000.00.220572-2/000. Rel. Desembargador Reynaldo Ximenes Carneiro).

No mesmo acórdão, o Desembargador Herculano Rodrigues ratifica o entendimento anterior da seguinte forma:

Existindo Convenções Internacionais de Direitos Humanos, tais como a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (publicada no ano de 1984) e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (ano de 1985), ambas das quais o Brasil é signatário e que, em seus textos, fazem alusões expressas à figura dos funcionários públicos, como sendo os verdadeiros responsáveis pela prática deste delito e, ainda, tendo estas Convenções força e status de norma constitucional, prescindíveis da chancela do Poder Legislativo para lhes outorgar vigência, a conclusão lógica é que, no presente caso, não se tem como imputar à mãe da vítima a sujeição ativa do crime de tortura, por não se tratar de agente público. Sendo assim, imperiosa a desclassificação para o delito de maus-tratos qualificado, por melhor adequar-se à conduta perpetrada pela apelante. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação criminal nº 1.0000.00.220572-2/000. Rel. Desembargador Reynaldo Ximenes Carneiro).

Por outro lado, explica a segunda corrente que:

[...] em nenhuma hipótese o diploma legal criado para punir a tortura, e, classificado em uma de suas modalidades como sendo passível de cometimento por qualquer cidadão, ou seja, independentemente da existência de quaisquer exigências de condições especiais pertinentes ao seu sujeito ativo, poderá, sob esse ângulo, ser considerada inconstitucional frente a princípios decorrentes de tratados internacionais pertinentes à questão que se faz presente (MICHELETTI, 1999).

Ainda, segundo este autor, a análise do artigo 1º da Convenção da ONU Contra a Tortura acaba, de uma vez por todas, qualquer dúvida acerca da constitucionalidade da Lei federal contra a tortura:

Artigo 1º. [...] 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. (BRASIL, 2003, p. 495).

Continuando, o autor entende que:

Assim, a própria norma constitucional, decorrente de Tratado Internacional de Prevenção e Punição da Tortura, incorporada como cláusula pétrea na Constituição Federal Brasileira, contém uma ressalva relativa à sua interpretação, tornando constitucional a Lei nº 9455/97 ao permitir que a legislação nacional edite dispositivos de maior alcance, de maior abrangência, visando o tratamento legal adequado e justo frente a este crime grave. A Lei de 1997, relativa à prática da tortura, não agiu de maneira diferente à permitida pelo artigo 1º da Convenção da ONU, norma esta constitucional. O que obedece a Constituição não pode ser declarado inconstitucional (MICHELETTI, 1999).

Este entendimento parece ser o mais acertado, uma vez que o próprio tratado internacional, com status de norma constitucional, prevê a validade de legislações nacionais que contenha ou possa conter dispositivos de alcance mais amplos.

Ainda, mesmo que fosse possível excluir a observância do artigo 1º da Convenção da ONU Contra a Tortura, ou ainda, considerando-se como conflituoso o fato desta Convenção conter a referida ressalva, não encontrada na Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, também ratificado pelo Brasil, deve-se observar o entendimento doutrinário no que

tange ao conflito entre normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Interno (MICHELETTI, 1999).

Micheletti ainda ratifica seu entendimento citando fundamentação da doutrinadora Flávia Piovesan. Segundo esta:

[...] na hipótese do eventual conflito entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Interno, adota-se o critério da prevalência da norma mais favorável à vítima. Em outras palavras, a primazia é da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos da pessoa humana. (PIOVESAN, 1997 apud MICHELETTI, 1999).

Neste caso, é evidente que a norma mais benéfica a vítima é a Lei nº 9.455/97, uma vez que permite a punição da pessoa que comete o ato de tortura, mesmo este não sendo agente público. No caso de observância exclusiva dos tratados internacionais, se o sujeito ativo da prática de tortura não utilizasse de qualquer condição especial necessária para isso, este não seria punido da forma adequada ao ato praticado.

Concluindo, Érick V. Micheletti Felício afirma que:

Por ser mais abrangente e atender ao artigo 1º da Convenção da ONU, que possui status de norma constitucional, a Lei Federal nº 9455/97 é, além de constitucional, mais benéfica à vítima. Pois, sendo mais abrangente, tem mais chances de punir efetivamente o criminoso, prevalecendo assim, se alegado eventual conflito frente à Convenção Interamericana de 1985 (MICHELETTI, 1999).

Sendo assim, além de a Lei Federal nº 9.455/97 ser constitucional, respeitando todos os preceitos legais, e também ser mais benéfico à vítima, eliminando qualquer dúvida acerca de qual ordenamento aplicar em caso de conflitos de normas de Direito Internacional de Direitos Humanos e Direito Interno, esta Lei também atende melhor aos anseios da sociedade (MICHELETTI, 1999).

Como na doutrina, a jurisprudência também não é pacífica no tocante à classificação do crime de tortura como próprio ou comum. Contrariando o entendimento dos Desembargadores Herculano Rodrigues e Reynaldo Ximenes Carneiro, o Desembargador Júlio César Lorens entende que, para classificar o crime de tortura deve-se observar a intenção do agente e não a função que o agente ativo exerce, como vemos no voto abaixo:

Insurge-se o Ministério Público contra a decisão proferida pelo magistrado primevo, que rejeitou a denúncia, por considerar que os fatos narrados na peça acusatória configuram delito de maus-tratos, e, não, de TORTURA, uma vez que o denunciado agredia seus filhos com o intuito de corrigi-los, apesar de empregar, para tanto, meio desumano e cruel. Ademais, alega o douto juiz que, de acordo com Convenções Internacionais, o CRIME de TORTURA é próprio, sendo cometido somente por funcionários ou empregados públicos.

Da análise dos autos, entendo que razão assiste à representante do Ministério Público.

Isso porque a diferenciação entre o CRIME de TORTURA e o de maus-tratos deve ser dirimida perquirindo-se o elemento volitivo. Se a ação do agente foi motivada pelo desejo de corrigir, muito embora o meio utilizado para tanto tenha sido desumano e cruel, tem-se a configuração do delito de maus-tratos. Porém, se a conduta do agente demonstra que a sua intenção era submeter a vítima a sofrimento atroz, físico ou mental, para obtenção de qualquer coisa ou para servir de castigo por qualquer razão, como, em tese, é o caso dos autos, então, estamos diante do CRIME de TORTURA.

Muito embora seja o Brasil, de fato, signatário de tratados internacionais que definiram o CRIME de TORTURA como próprio, em que somente o funcionário público atua como sujeito ativo, o legislador brasileiro desconsiderou tal restrição ao promulgar a Lei nº 9.455/97, admitindo a prática do mencionado delito por qualquer pessoa. Registre-se que a prática de TORTURA por agente público constitui, no ordenamento brasileiro, causa de aumento de pena, consoante disposto contido no art. 1º, § 4º, inciso I, do referido diploma legal. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Recurso em sentido estrito nº 1.0687.09.069836-0/001(1). Rel. Reynaldo Ximenes Carneiro).

Cabe ressaltar ainda, ao contrário do que Alberto Silva Franco (1997) entende, que a legislação internacional também oscila em relação à definição do crime de tortura. Apesar dos tratados internacionais analisados até o momento neste artigo definirem o delito de tortura como crime próprio, o direito penal internacional, quando trata dos crimes contra a humanidade, não faz nenhuma limitação acerca do agente do delito de tortura, como se observa segundo o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional de 1998:

Artigo 7º 2. e) Por “tortura” entende-se o ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controle do acusado; este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas. (BRASIL, 2003, p. 635).

Alem disso, de acordo com o Direito Internacional Humanitário, mais precisamente de acordo com as Convenções de Genebra, é proibida a tortura por parte de qualquer combatente, entendendo ser combatente qualquer pessoa que participe do conflito armado, sendo ele membro das forças

armadas, “membros de outras milícias ou de outros corpos de voluntários, incluindo os dos movimentos de resistência organizados, pertencentes a uma Parte em conflito”.

Segundo o Comitê Internacional da Cruz Vermelha - CICV (SUIÇA, 2005), “a diferença jurídica entre a tortura e as outras formas de maus-tratos está no grau de gravidade da dor e do sofrimento infligido”.

Neste caso, nota-se que o Direito Internacional Humanitário (DIH) se distancia ligeiramente da definição adotada pela Convenção da ONU contra a tortura, já que não exige a participação de agente público (SUIÇA, 2005).

Sendo assim, não há uma definição do crime de tortura como crime próprio, ou seja, podendo ser praticado apenas por agentes estatais. O requisito exigido, nos conflitos armados, é apenas o controle do agente sobre a vítima, não importando a função que aquele exerce.

Importante salientar também que, nem mesmo nos julgados internacionais esta questão está pacificada.

Em 16 de novembro de 2009, no caso GONZÁLEZ Y OTRAS (“CAMPO ALGODONERO”) VS. MÉXICO, a Corte Interamericana julgou a questão dos “feminicídios” ocorridos em Ciudad Juarez, no México. Segundo a corte, neste caso não houve tortura, uma vez que não há comprovação de participação de agente estatal, o que afasta a configuração de violação nos parâmetros do art. 3º da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

Entretanto, o voto vencido da Juíza Cecilia Medina Quiroga trouxe entendimento divergente. Seu voto foi baseado em julgados do Tribunal para ex-Iugoslávia. Segundo ela, a proibição da tortura consiste em *jus cogens*, ou seja, norma imperativa que não admite derrogação por norma interna ou qualquer tratado internacional. Aponta que só há três requisitos para caracterizar tortura que não são contestados em nenhum tratado internacional, normas de direito interno ou aplicação de tribunais e, sendo assim, integrante do *jus cogens*: sofrimentos ou dores severos, físicos ou mentais, por ação ou omissão, a intencionalidade do ato e a motivação ou fim do ato para conseguir algo. Os outros requisitos apresentados, tanto pela Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura quanto pela Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, não são

reconhecidos como necessários para todos e, sendo assim, não são considerados *jus cogens*.

No caso citado acima, Quiroga (2009) defende que, segundo os parágrafos 218, 219, 220 e 230 do referido julgamento, ficou comprovado que as três vítimas sofreram graves agressões físicas e, muito provavelmente, violência sexual de algum tipo antes de suas mortes. As descrições dos corpos, ainda que consideradas ineficientes no primeiro momento, mostra a magnitude do tratamento infligido a elas, de modo que os fatos permitem ser considerados como atos de tortura.

Sendo assim, Quiroga (2009) ainda entendeu que a Corte Interamericana de Direitos Humanos não é obrigada a seguir a definição literal que tanto a Convenção da ONU contra a Tortura quanto a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a tortura, mas sim a definição trazida pelo *jus cogens*. Além disso, a própria Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a tortura, em seu art. 16, deixa a salvo qualquer outra norma ou tratado que seja mais protetivo à vítima. Desta forma, a aplicação de uma definição mais abrangente não é uma afronta a referida convenção, muito pelo contrário, é sua aplicação fiel, uma vez que visa proteger melhor o seu objetivo, ou seja, a integridade dos direitos humanos. Nas palavras da Juíza:

Todo este raciocínio me leva a argumentar que a Corte não está obrigada a aplicar ou a ser guiada pelas definições da CIPST e da Convenção contra a Tortura, mas deve fazer prevalecer o conceito de *jus cogens*, uma vez que estabelece a melhor proteção às vítimas de tortura. Lembro-me, além disso, que o artigo 16 da CIPST prevê que tal convenção "deixa a salvo o disposto pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por outras convenções sobre a matéria e pelo Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos com relação ao delito de tortura", de modo que interpretar a tortura de forma diferente da referida Convenção não constitui uma violação da mesma, mas pelo contrário, a sua fiel execução (QUIROGA, 2009, p. 5, tradução nossa).²

² Todo este razonamiento me lleva a sostener que la Corte no está obligada a aplicar o a guiarse ni por la definición de la CIPST ni por la de la Convención contra la Tortura, sino que debería hacer prevalecer la concepción del *jus cogens*, puesto que ella establece la mejor protección para las víctimas de tortura. Recuerdo, por lo demás, que el artículo 16 de la CIPST dispone que esa Convención "deja a salvo lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por otras convenciones sobre la materia y por el Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto del delito de tortura", de modo que interpretar la tortura apartándose de dicha Convención no constituye un incumplimiento de la misma sino, por el contrario, su aplicación fiel.

Por fim, a juíza Cecília Medina Quiroga entendeu que, neste caso, o Estado não tomou as providências necessárias para impedir o ocorrido e, após, não atuou de forma a investigar e punir os responsáveis. Sendo assim o Estado era responsável pela tortura e pela falta de atos destinados a reverter a situação.

Apesar de vencido, o voto da Juíza Cecilia Medina Quiroga encontra-se mais acertado, tendo em vista que visa a maior proteção da pessoa humana contra as violações de seus direitos.

Fazendo ligação entre o Direito Internacional de Direitos Humanos e o Direito Penal brasileiro, a Lei nº 9.455/97 acerta ao trazer uma definição do crime de tortura visando maior proteção às vítimas de graves violações de direitos humanos. Sendo assim, fazendo uma analogia com a decisão da Juíza Quiroga (2009), a Lei nº 9.455/97 não conflita com a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, uma vez que traz maior proteção ao objeto principal da referida convenção, qual seja, os direitos humanos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tortura é tão antiga quanto a história da humanidade. Desde os primórdios, nota-se que o homem tortura. No Brasil, desde a chegada dos portugueses a tortura é utilizada. Talvez até mesmo antes.

Entretanto, com a evolução do homem, tal prática passa a não ser mais aceita, e sua proibição vai surgindo gradativamente. Primeiro com a simples proibição de alguns atos de maus tratos e depois com a proibição expressa da tortura. Essa proibição ganha força com a Declaração Universal dos Direitos Humanos. No Brasil, a tortura passa a ser proibida pela Constituição Federal de 1988 e também é considerada como agravante para vários tipos de crimes previstos no Código Penal Brasileiro.

Entretanto, mesmo com grandes avanços, as definições do que vem a ser tortura demoraram a aparecer. Primeiro com a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984) e

depois com a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985) e com o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1998).

Internamente, no Brasil, a definição do crime de tortura veio com a Lei Federal nº 9.455, de 7 de abril de 1997. Apesar destas evoluções, as definições do que vem a ser tortura não foram pacíficas, gerando grande discussão.

O principal ponto divergente é em relação ao sujeito ativo do delito de tortura, uma vez que tanto a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas, Cruéis, Desumanos ou Degradantes quanto a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura define este delito como crime próprio, ou seja, podendo ser cometido apenas com a participação de agente público, seja por ação ou omissão. Em contrapartida, A Lei Federal 9.455/97 e o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional não trazem tal requisito para a prática de tortura. Sendo assim, no Brasil, segundo o Ordenamento Jurídico interno, o crime de tortura pode ser praticado por qualquer pessoa, sendo a participação de agente público um agravante para a pena.

Entretanto, o posicionamento dos juristas de todo o mundo se divergem no que tange a qual norma será aplicada. A primeira corrente defende que tortura só pode ser praticada por agentes públicos, seguindo o entendimento da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

Em contrapartida, a segunda corrente, que é a mais acertada, acredita que deve ser observado o direito consuetudinário internacional, ou seja, o *jus cogens*. Nesta linha, são três os requisitos necessários para considerar a conduta como crime de tortura aceito em todo o mundo: a) sofrimento ou dor severos; b) a intencionalidade do ato e; c) motivação ou fim do ato para conseguir algo. Não há, para o *jus cogens*, a necessidade de ter a participação de agente estatal. Além disso, esta corrente defende que o correto é a aplicação da norma mais protetiva à vítima de graves violações de direitos humanos, respeitando o princípio *pró homine*.

No que tange a Lei Federal 9.455/97, esta é constitucional, uma vez que tanto a Convenção da ONU contra a tortura quanto a Convenção

Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura trazem a permissão de aplicação das leis internas ou outros tratados que sejam mais protetivos. Sendo assim, a Lei 9.455/97 não viola os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil tendo em vista que apenas amplia a proteção ao bem jurídico objeto da proteção dos referidos tratados. Para este entendimento, não importa qual status o tratado internacional de direitos humanos é recebido pelo Ordenamento Jurídico brasileiro, a lei mais protetiva às vítimas de graves violações de direitos humanos sempre deverá ser a aplicada.

Por fim, é importante verificar que o estudo da história auxilia no combate a graves violações de direitos humanos. Por isso, a criação da Comissão da Verdade é significativamente importante para a evolução do Brasil no que diz respeito à proteção dos direitos humanos, não só para impedir que graves violações de direitos humanos fiquem impunes e esquecidas, quanto para avançar nas legislações e contribuir para que estas graves violações de direitos humanos não voltem a ocorrer. Cabe lembrar que a dignidade da pessoa humana é um dos principais fundamentos da Constituição da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito, sendo a grande inovação da referida Constituição a ampla proteção aos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Machado de. Pai contra mãe. In: ASSIS, Machado de. **A Cartomante e outros contos**. São Paulo: Moderna. 1995. p. 35 – 42.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte geral 1. 11ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2007.

BRASIL. **Código Penal** (1830). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em 12 de janeiro de 2012.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil** (1824). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 12 de janeiro de 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). In: ANGHER, Anne Joyce. (Org.). **Vade Mecum**. 12º Edição. São Paulo: Rideel. 2011.

BRASIL. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (1969). In: ANGHER, Anne Joyce. (Org.). **Vade Mecum**. 12º Edição. São Paulo: Rideel. 2011.

BRASIL. Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes (1984). In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. (Org.) **Coletânea de direito internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

BRASIL. Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985). In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. (Org.) **Coletânea de direito internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

BRASIL. Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados (1969). In: ANGHER, Anne Joyce. (Org.). **Vade Mecum**. 12º Edição. São Paulo: Rideel. 2011.

BRASIL. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1949). In: ANGHER, Anne Joyce. (Org.). **Vade Mecum**. 12º Edição. São Paulo: Rideel. 2011.

BRASIL. Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1998). In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. (Org.) **Coletânea de direito internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

BRASIL. Lei Federal nº 9.455 (1997). In: ANGHER, Anne Joyce. (Org.). **Vade Mecum**. 12º Edição. São Paulo: Rideel. 2011.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Voto do ministro Celso de Mello. RE 466.343. Rel. Ministro Cesar Peluso. Brasília. **Diário de Justiça**. 05 junho 2009. p. 53/54.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. **Convenções de Genebra de 1949**. Genebra. 1992.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. **O que se entende por tortura e maus-tratos**. 2005. Disponível em <<http://www.icrc.org/por/resources/documents/faq/faq-tortura-maus-tratos-1.htm>>. Acesso em: 20 de maio de 2012.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. **Protocolos Adicionais às Convenções de Genebra de 1977**. Genebra. 1998.

CONTREIRAS, Hélio. **AI – 5 A opressão no Brasil**. Rio de Janeiro: Record. 2005.

FELICIO, Érick V. Micheletti. **Crime de tortura e a ilusória inconstitucionalidade da Lei 9455/97**. 1999. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/denunciar/tortura/a_pdf/felicio_crime_tortura_inconstituc.pdf>. Acesso em: 21 fevereiro de 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial Volume II**. Niterói: Impetus. 2009.

KRSTICEVIC, Viviana; AFFONSO, Beatriz. A importância de se fazer justiça: Reflexões sobre os desafios para o cumprimento da obrigação de investigar e punir os responsáveis em observância à sentença da Corte Interamericana no caso da Guerrilha do Araguaia. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. (Org.). **Crimes da Ditadura Militar**: Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 251 – 274.

MAIA, Luciano Mariz. 2000. **Tortura no Brasil**: a banalidade do mal. Disponível em <<http://www.altrodireitto.unifi.it/ricerche/latina/maia.htm>>. Acesso em: 12 de janeiro de 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação criminal nº 1.0000.00.220572-2/000. Relator. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro. **Minas Gerais**. Belo Horizonte. 07 agosto 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Recurso em sentido estrito nº 1.0687.09.069836-0/001(1). Relator. Des. Júlio César Lorens. **Minas Gerais**. Belo Horizonte. 16 novembro 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 7ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

PERRIN, Dimas. **Depoimento de um torturado**. Rio de Janeiro: Gráfica Belo Horizonte. 2004.

PIOVESAN, Flávia. Lei de Anistia, Sistema Interamericano e o caso brasileiro. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. (Org.). **Crimes da Ditadura Militar**: Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 73 – 86.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva. 2011.

QUIROGA, Cecilia Medina. **Voto Concurrente em realación com la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos em el caso Gonzáles y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México**. 2009. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf>. Acesso em: 20 de março de 2012.

RAMOS, André de Carvalho. Crimes da ditadura militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. (Org.). **Crimes da Ditadura Militar**: Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 174 – 225.

SANTOS JR, Belisário. A advocacia nos anos de chumbo. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. (Org.). **Crimes da Ditadura Militar**:

Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 241 – 250.

SILVA FRANCO, Alberto. Tortura: breves anotações sobre a Lei 9.455/97. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n.º 19. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997. p. 58.

WEICHERT, Marlon Alberto. A sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a obrigação de instituir uma Comissão da Verdade. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. (Org.). **Crimes da Ditadura Militar**: Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 226 – 242.