

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO.

Déa Carla Pereira Nery.

**O Delito de Tortura no âmbito do Direito
Espanhol e do Direito Brasileiro.**

São Paulo

2006

DÉA CARLA PEREIRA NERY

**O DELITO DE TORTURA NO ÂMBITO DO DIREITO ESPANHOL E DO
DIREITO BRASILEIRO.**

Dissertação apresentada à Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo
como requisito parcial para a obtenção
do título de Mestre em Direito Penal.

Orientadora: Prof. Dra. Flávia Piovesan.

DÉA CARLA PEREIRA NERY

São Paulo.
2006.

ERRATA

1. Às fls. 11:

Onde se lê: "... o delito de tortura atualmente ainda constitui uma prática globalizada, ainda que na maioria dos países seja considerada uma prática ilegal".

Leia-se: "... o delito de tortura atualmente ainda constitui uma prática globalizada, apesar de que na maioria dos países é considerada uma prática ilegal".

2. Às fls. 18:

Onde se lê: "... representou uma conquista na aplicação da Justiça Penal, onde imperava a vingança privada".

Leia-se: "... representou uma conquista na aplicação da justiça Penal, onde imperava a vingança privada".

3. Às fls. 101:

Onde se lê: "Esta circunstância é caracterizada preponderante pela desumanização".

Leia-se: "Esta circunstância é caracterizada preponderantemente pela desumanização".

4. Às fls. 143:

Onde se lê: "Superior Tribunal de Justiça. Decisões absolutórias".

Leia-se: "Decisões absolutórias. Superior Tribunal de Justiça.".

**O DELITO DE TORTURA NO ÂMBITO DO DIREITO ESPANHOL E DO DIREITO
BRASILEIRO.**

Dissertação apresentada à Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo
como requisito parcial para a obtenção
do título de Mestre em Direito Penal.

Aprovada emde agosto de 2006.

BANCA EXAMINADORA

Profª Dra. Flávia Piovesan
Pontifícia universidade Católica de São Paulo

Profª Dra. Maria Garcia
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Profª Dra. Nágila Mª Sales Brito
Universidade Católica de Salvador

À Deus, Nossa
Senhora de Fátima e à memória de meu pai Aurino
Nery de Souza, que tornam firmes os meus passos; a
“Tico”, meu “filhinho do coração”, com ele os obstáculos
se relativizam.

AGRADECIMENTOS

À Deus, à Nossa Senhora de Fátima, que abrem os meus caminhos e dirigem os meus passos, tornando-os firmes.

Ao Secretário de Segurança Pública do Estado da Bahia, General Edson Sá Rocha, a Dra Maria das Graças do Rosário, a Dr. Helenalvo Bartolomeu, e em especial, a Dr. Maurício Ribeiro Chaouí, a quem quero expressar meu profundo agradecimento. A concretização deste trabalho não seria possível sem o apoio destas pessoas, representantes da instituição, que valoriza o aperfeiçoamento profissional dos seus funcionários.

À Professora Dra. Flávia Piovesan, minha eterna gratidão, por ter sido minha orientadora e com diretrizes seguras, paciência e incentivo, me aceitou com todas as minhas restrições e que, com sua competência, me fez concluir esta empreitada e ultrapassar esta importante fase.

Quero também expressar publicamente meu agradecimento ao professor Dr. Dirceu de Mello, ao Professor Dr. Willis Santiago, ao Professor Dr. Oswaldo Duek, pelo muito que me ensinaram, especialmente, a professora Dra. Maria Garcia, presença forte na minha caminhada. A estes queridos professores, pelas referencias que são para mim, exemplos que motivam seguir adiante, ultrapassando os obstáculos; estímulo para seguir buscando o crescimento intelectual e humano.

À Dr. Fernando Stag Tourinho e sua esposa Laíse, à Dra. Nágila M^a Sales Brito, à Dra. Márcia Regina Virgens, por suas presenças extremamente positivas em minha vida.

Aos amigos Fábio Félix, Márcia (Barretos), Diego, Braulio, Patrícia, Marcelo, João, Inês, Adrianna Freire, e tantos outros, que nunca me deixaram esmorecer.

À memória de meu pai Aurino Nery de Souza, pela sua serenidade de sempre, seu exemplo, sua luz celestial a guiar todos os dias de minha vida.

Agradeço, enfim, à minha tão querida mãe, por sua torcida constante, seu amor incondicional. Aos meus irmãos, sobrinhos e, especialmente, ao meu “filhinho do coração” Tico, razão fundamental para seguir lutando.

Aos funcionários da PUC, minha gratidão e saudade.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo estudar o delito de tortura, expondo exordialmente um breve retrospecto deste fenômeno histórico, que foi amplamente empregado nos períodos da Idade Antiga, Idade Média e Idade Moderna, persistindo ainda nos dias atuais. Serão tecidas considerações acerca de seu tratamento social e legal, bem como as mudanças ocorridas no decorrer dos séculos. Abordar-se-ão os conceitos no âmbito internacional, brasileiro e em alguns países europeus, em conformidade com suas respectivas legislações. Estudar-se-á acerca da importância dos Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, como a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Tratar-se-á, sobretudo, de uma abordagem paralela deste delito no Direito Espanhol e no Direito Brasileiro, delineando temas, tais como, bem jurídico protegido, sujeito ativo, conduta típica e espécies de tortura. Enfim, o trabalho objetiva proporcionar uma visão geral do tema no âmbito espanhol e no âmbito brasileiro, concretizando-se através da pesquisa realizada nas bibliotecas da Universidade Pablo de Olavide e Universidade de Sevilla (Espanha); bem como na biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e no Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (Brasil).

Palavras-chave: Delito de tortura. Aspectos históricos e legislativos. Estudo paralelo da tortura no Direito Espanhol e no Direito Brasileiro.

ABSTRACT

The present work has for objective to study the torture delict . To initiate, displaying a briefing retrospecto of this historical fact, that widely was used in the periods of the Old Age, Average Age and Modern Age, persisting still in the current days. Considerations concerning its social and legal treatment will be weaved, as well the changes occurred in elapsing of the centuries. The concepts in the international, Brazilian and in some European countries scope will be approached, in compliance with its respective legislations. It will be studied the importance of the international instruments of protection of the human rights, as the Convention against the torture and other treatments, or cruel, inhumanity or degrading penalties and the American Convention of Human Rights (Pact of St. Jose in Costa Rica). It will be treated, over all, of a parallel boarding of this delict in the Spanish Right and the Brazilian Right, delineating subjects, such as, legally protected interest protege, active citizen, typical behavior and species of torture. At last, the work gives a general vision of the subject in the Spanish scope and the Brazilian scope, materialize itself through the research carried in the libraries of the University Pablo de Olavide and Sevilla University (Spain); as well as in the library of the Pontifical University Catholic of São Paulo and in the Brazilian Institute of Criminal Sciences (Brazil).

Key words: Torture delict. Aspects historicales and legislatives. Study parallel of a torture in the Spanisch Right and in the Brazilian Right.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO I – A TORTURA COMO FENÔMENO HISTÓRICO.....	13
1. Considerações prévias.....	13
2. Na Idade Antiga.....	17
3. Na Idade Média.....	20
4. Na Idade Moderna.....	25
5. Na Idade Contemporânea.....	28
6. A história da tortura no Brasil.....	29
CAPÍTULO II – ASPECTOS LEGISLATIVOS E CONCEITUAIS DO DELITO DE TORTURA.....	38
1. Considerações prévias.....	38
2. Aspectos legislativos.....	38
2.1. Instrumentos de alcance global.....	41
2.1.1. Declaração Universal dos Direitos Humanos.....	41
2.1.2. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.....	42
2.1.3. Declaração sobre a proteção de todas as pessoas contra a tortura e outros tratos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.....	43
2.1.4. Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.....	44
2.2. Instrumentos de alcance regional.....	47
2.2.1. Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.....	47
2.2.2. Convenção Americana sobre Direitos Humanos.....	48
2.2.3. Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura	48
2.2.4. Carta Árabe dos Direitos Humanos.....	49
2.2.5. Projeto de Convenção árabe para a prevenção da tortura e de outros tratamentos desumanos ou degradantes.....	49
2.2.6. Convenção europeia para a prevenção da tortura.....	50

3. Aspectos conceituais.....	51
3.1. O conceito no Direito Comparado.....	52
3.1.1. O conceito na Alemanha.....	52
3.1.2. O conceito na Itália.....	53
3.1.3. O conceito na França.....	54
3.1.4. O conceito na Áustria.....	55
3.1.5. O conceito na Colômbia.....	56
3.1.6. O conceito na Venezuela.....	57
3.2. O conceito na Espanha.....	57
3.2.1. Da Constituição Espanhola.....	57
3.2.2. Do artigo 174 do Código Penal Espanhol.	57
3.3. O conceito no Brasil.....	60
3.3.1. Da Constituição Federal Brasileira.....	60
3.3.2. Da Lei 9.455/97.	61
CAPÍTULO III – O BEM JURÍDICO PROTEGIDO.....	63
1. Considerações prévias.....	63
2. A dignidade humana como bem jurídico protegido.....	65
3. A integridade moral como bem jurídico protegido.....	73
CAPÍTULO IV – O SUJEITO ATIVO DO DELITO DE TORTURA.....	78
1. Considerações prévias.....	78
2. O Sujeito ativo no Direito Espanhol.....	86
2.1. O conceito de autoridade ou funcionário público.....	87
2.2. Espécies de autoridade ou funcionário publico.....	90
2.2.1.1. “El Ministério Fiscal”.....	92
2.2.1.2. “Los Jueces”.....	93
2.2.1.3. “La Policía”.....	93
2.2.1.4. “Otros funcionarios públicos”.....	96
3. O Sujeito ativo no Direito Brasileiro.....	97
3.1. Qualquer pessoa.....	97
3.2. A Polícia como sujeito ativo do delito de tortura.....	100
3.2.1. A Dignidade e a educação do Policial no Brasil.....	102

CAPÍTULO V – CONDUTA TÍPICA.....	108
1. Considerações prévias.....	108
2. A Conduta típica no Direito Espanhol.....	108
2.1. Tipo básico. O artigo 174 do Código Penal Espanhol.....	112
2.2. Tipo privilegiado. O artigo 175 do Código Penal Espanhol.....	117
2.3. Modalidade omissiva. O artigo 176 do Código Penal Espanhol.....	118
2.4. Breve visão das espécies de tortura no Direito Espanhol.....	120
2.4.1. Tortura indagatória.....	120
2.4.2. Tortura pena.....	121
2.5. Jurisprudência Espanhola.....	122
2.5.1. Resoluções do Tribunal supremo.....	122
2.5.1.1. Decisões condenatórias.....	122
2.5.1.2. Decisões absolutórias.....	130
3. A conduta típica no Direito Brasileiro.....	136
3.1. Breve visão das espécies de tortura no Direito Brasileiro.....	138
3.2. Jurisprudência Brasileira.....	141
4.O concurso com outros delitos.....	147
4.1. Concurso de delitos na Espanha. O artigo 177 do Código Penal Espanhol.....	147
4.2. Concurso de delitos no Brasil.	148
5. Inadmissibilidade da tortura em situações excepcionais. Proteção da dignidade humana.	149
CAPÍTULO VI - CONCLUSÕES.....	161
ANEXO I – LEGISLAÇÃO ESPANHOLA.....	165
ANEXO II – LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	167
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	169

INTRODUÇÃO.

Iniciar o estudo do tema proposto pressupõe mencionar, ainda que brevemente, acerca do princípio da dignidade humana. Nos dias atuais, praticamente o mundo todo concorda que a dignidade humana deve ser protegida e garantida pelos ordenamentos jurídicos. Pode ser considerada, sobretudo, a finalidade do Direito, conforme o art. 1º da Constituição Alemã, que assevera: “A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo poder público”. Da mesma forma, tal direito é consagrado na Constituição Espanhola, em seu art. 10.1, ao dispor: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. E por fim, a Constituição Brasileira que tem como uma de suas bases, ao dispor: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:... III. A dignidade da pessoa humana”.

Com este trabalho, embasado nos ditames da proteção à dignidade do homem, a autora propõe um estudo paralelo deste delito no âmbito do Direito Espanhol e do Direito Brasileiro. Desta forma, o texto aborda as pesquisas realizadas principalmente nas bibliotecas da Universidade de Sevilla e Universidade Pablo de Olavide, na Espanha; bem como na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, no Brasil.

Do estudo paralelo do tema, observa a autora que o delito de tortura atualmente ainda constitui uma prática globalizada, ainda que na maioria dos países seja considerada uma prática ilegal. Neste sentido, ensina Tomás y Valiente: “La tortura es sin lugar a dudas un fenómeno histórico, que

desgraciadamente perdura en determinados ámbitos y momentos de nuestra cultura.”¹

As investigações objetivam um estudo doutrinário deste fato em um país europeu (Espanha) e em um país latino-americano (Brasil), onde constatamos alguns aspectos diferenciais, como a questão do sujeito ativo, que será delineado no capítulo quatro. Deste modo, a dissertação é estruturada em seis capítulos, que compreendem os seguintes temas: análises históricas, legislativas e doutrinárias do delito de tortura no âmbito do Direito Espanhol e Brasileiro, formação do policial para uma atuação como garantidor de direitos, inadmissibilidade da tortura frente a situações excepcionais (terrorismo), jurisprudência Espanhola e Brasileira.

Para iniciar, estabeleceremos no primeiro capítulo, um estudo histórico da tortura desde a época antiga até a contemporânea. No segundo capítulo, afrontaremos os aspectos legislativos e conceituais deste fato, abordando mais detalhadamente o conceito no Direito Espanhol e no Direito Brasileiro. No terceiro capítulo, iremos discorrer acerca do bem jurídico protegido nesta espécie de delito, mantendo o estudo no âmbito espanhol e brasileiro. No quarto capítulo trataremos dos sujeitos ativos deste fato típico na Espanha e no Brasil; e especificamente, da tortura praticada pelos órgãos policiais no Brasil. No quinto capítulo descreveremos a conduta típica prevista no Direito Espanhol e Brasileiro; realizaremos uma breve exposição jurisprudencial espanhola e brasileira, acrescentando ainda o estudo do concurso de pessoas. Por último, serão expostas conclusões.

¹ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *La Tortura judicial en España*, Barcelona: Ed. Crítica, 2000, p. 57.

CAPÍTULO I

A TORTURA COMO FENÔMENO HISTÓRICO.

1. Considerações prévias.

Neste capítulo serão abordados os fatos que expressaram a existência da tortura nos períodos da Idade Antiga, Idade Média, Idade Moderna e na atualidade. Pode-se observar que a tortura é bastante antiga, existia desde o tempo dos povos primitivos, quando imperava a vingança privada como composição dos conflitos². Pietro Verri, um dos mais argutos pensadores do iluminismo italiano, e colaborador da renomada obra de Beccaria, titulada “Dos delitos e das penas”, menciona em sua obra “Observações sobre a tortura”:

A origem de uma invenção tão feroz ultrapassa os limites da erudição, e é provável que a tortura seja tão antiga quanto antigo é o sentimento do homem de dominar despoticamente outro homem, quanto antigo é o caso de que nem sempre o poder vem acompanhado pelas luzes e pela virtude, e quanto antigo é o instinto, no homem armado de força prepotente, de estender suas ações segundo a medida antes do poderio do que da razão.³

² DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. *Fundamentos da pena*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, pp. 1-10. Segundo Duek Marques, durante a época dos povos primitivos, além da vingança de sangue (vingança privada) também regiam nestas comunidades os totens e tabus. Desta forma, a ausência de compreensão dos fenômenos naturais conduzia os homens primitivos à crença em forças sobrenaturais, que os levava a serem dominados por totens e tabus. De acordo com Mário Coimbra o desencadeamento de epidemias, ausência de animais para caças, terremotos e inundações não eram entendidos como fenômenos naturais, mas como castigos por algum comportamento negativo do grupo. Ensina este autor que o totem geralmente era um animal (comível e inofensivo, ou perigoso e temido) e mais raramente um vegetal ou um fenômeno natural (como a chuva e a água), que mantém relação peculiar com todo o clã; ao mesmo tempo, é o seu guardião e auxiliar, que lhe envia oráculos, e embora perigoso para os outros, reconhece e poupa seus próprios filhos. Em compensação, os integrantes estão na obrigação sagrada de não matar nem destruir seu totem e evitar comer sua carne. Por outro lado, o tabu constituía em uma proibição convencional, decorrente de uma tradição com caráter sagrado, sem uma explicação ou origem precisa, que passava a integrar os princípios da comunidade e era transmitido de geração para geração.

³ VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p.90.

Na obra supra citada “Observações sobre a tortura”, de Pietro Verri, escrito entre 1770 e 1777, ocorre a reconstrução dos fatos, apoiada em documentos, de um processo criminal realizado em Milão no ano de 1630, conhecido como “processo dos unttores”, em que os réus eram acusados de passar um óleo venenoso nas paredes da cidade, para assim espalhar a peste. Deste modo, o autor menciona acerca da ineficácia da tortura como meio de prova, narrando o processo judicial contra o comissário Guglielmo Piazza e o barbeiro Gian Giacomo Mora, em que são descritas confissões obtidas por meio de tortura. Vide trecho da obra:

Comove toda a humanidade a cena da segunda tortura com a corda de cânhamo que, deslocando as mãos, fazia com que elas se dobrassem sobre os braços, enquanto o osso do ombro saía de sua cavidade. Guglielmo Piazza exclamava enquanto se preparava o novo suplício: "Me matem que vou gostar, porque a verdade eu já disse, e depois, enquanto se iniciava o cruelíssimo deslocamento das juntas, dizia: que me matem os que estão aqui. Depois, aumentando a tortura, gritava: Oh Deus, estou sendo assassinado, não sei nada, e se soubesse alguma coisa não estaria até agora sem dizer [...]"⁴

Na narração aludida, o método para a investigação consistiu, exclusivamente, em fazer confessar; ou seja, confirmar que o homem no cárcere era o culpado. Deste modo, torturou-se intensivamente o acusado até que ele foi obrigado a se dizer culpado. Foi forçado a inventar uma história e nomear outros réus, que foram presos; e com base no depoimento do primeiro, foram submetidos à tortura. Apesar de se declararem inocentes, era-lhes lido o que constava do interrogatório anterior do acusador; e se persistia na tortura contra estes outros acusados até que concordassem.

A tortura sempre existiu. Na Espanha, podemos exemplificar com o “caso Rueda”, ocorrido no dia 13 de março de 1978, na prisão de Carabanchel

⁴ VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 20.

(Espanha). Segundo Maqueda Abreu, em comentário à “SAP Madrid de 9 febrero 1988”:

Los hechos que se declaran probados en esta sentencia son los siguientes: en la mañana del día 13 de marzo de 1978, tras ser descubierto un túnel en la prisión de Carabanchel y ante la sospecha de que pudiera ser destinado a un fin diverso del de la mera evasión, dada su ubicación, que podía sugerir – parece ser – la pretensión de sus ejecutores de volar ciertos depositos de propano, se procedió, a instancia del Director y bajo el control personal del Subdirector de la prisión, al aislamiento y posterior interrogatorio de diversos reclusos. Primeiramente fueron requeridos al efecto Veja Gallego y García Peña, que habían sido sorprendidos en las inmediaciones del túnel cuando fue descubierto y que, al negarse a declarar, fueron golpeados por los funcionarios concurrentes, previamente convocados, a los que se les ordenó coger una defensa de goma y bajar a las celdas de aislamiento, accediendo al final ambos a prestar la colaboración que se les exigía y de la que resultaría la supuesta implicación en los hechos de vários de sus compañeros. Cinco de ellos – Romero Tejedor, González Sánchez, Melero Ulibarri, Gómez Tovar y Casal Ortega – fueron sometidos, asimismo, a numerosos actos de maltrato y violencia física por parte de los funcionarios[...] Rueda Sierra, que fue también delatado y que negó enérgicamente su intervención en la excavación del túnel, al mantener su actitud sería apaleado por los funcionarios com el exclusivo fin de hacerle confesar, recibiendo una intensa paliza, prolongada, sin que conste su duración, a consecuencia de la qual, así como de la ausencia de atención médica que requería su estado, este recluso fallecería en la madrugada del día siguiente.⁵

Nos dias de hoje, pode-se observar que a criminalização da tortura consiste uma realidade globalizada, ainda que tais fatos perdurem e seus autores não sejam efetivamente punidos. Não obstante, parte significativa das constituições contemporâneas, fundamentam-se no princípio da dignidade humana, repudiando a tortura.

⁵ MAQUEDA ABREU, Maria Luisa. *La Causacion de morte com el fin de obtener una confesión: el caso Rueda*. Revista LA LEY, Diario de 27 abril 1988, p. 4, ref. 8461 (Tomo 1988-2).

Por seu turno, às vezes a tortura aparece legalizada, a exemplo do que ocorreu em 1996, através de decisão do Superior Tribunal de Justiça de Israel. De acordo com Claus Roxin, em Conferência ministrada na Universidade Pablo de Olavide de Sevilla (Espanha): “De hecho la Corte Suprema israelí en 1996 declaró admisible el empleo de violencia contra presuntos terroristas detenidos, si se parte de la base de que esto es necesario para la evitación de un inminente acto terrorista contra la población. No obstante, el Tribunal há abandonado en gran parte esta opinión en outra sentença de 1999.”⁶

Conforme o Manual de combate à tortura da Anistia Internacional, apesar de em setembro de 1999 o Superior Tribunal de Justiça de Israel decidir que a tortura seria banida, os julgamentos permitiam que a tortura fosse utilizada nos chamados casos de “bomba-relógio”. Desta forma, este é um dos motivos pelos quais a tortura ainda continua sendo praticada em Israel, principalmente desde o início da Intifada⁷ (levante) de al-Aqsa em 2000.

Recentemente, na Irlanda do Norte, também uma das suas cortes avalizou a tortura como meio válido de punição (caso McCormick).⁸ No Brasil, especificamente no Estado do Rio de Janeiro, um juiz admitiu que é possível o uso do “rigor necessário” para a descoberta de um delito, arquivando um inquérito, a pedido do Ministério Público, onde se apurava o delito de tortura praticada por dois capitães, contra um cabo, durante seis horas.⁹

Ainda que hoje possa aparecer isoladamente permitida, como nos exemplos supra citados, constitui crime previsto na legislação da maioria dos países. Tal fato consiste um avanço no combate à tortura.

⁶ Conforme Conferência de Claus Roxin, realizada na Universidade Pablo de Olavide, em Sevilla (Espanha) em 04/03/2004, durante curso de Doutorado em “Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología”.

⁷ Movimento insurrecional palestino contra a ocupação israelense da Cisjordânia e da Faixa de Gaza.

⁸ GOMES, Luís Flávio. *Estudos de Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 119. Segundo Luís Flávio Gomes.

⁹ Ibid., p. 119. Conforme Luís Flávio Gomes.

Passaremos a expor o tema das diversas fases históricas, para um melhor entendimento da tortura, ou seja, da sua transição da legalidade para ilegalidade. Como diz, com propriedade, Tomás y Valiente: “La tortura es sin lugar a dudas un fenómeno histórico, que desgraciadamente perdura en determinados ámbitos y momentos de nuestra cultura”¹⁰.

Nos itens seguintes, serão descritos dados gerais que situam a tortura desde os primórdios da denominada história geral até a atualidade.

2. Na Idade Antiga.

Nesta época, entendia-se que o homem, por mais mentiroso que fosse, teria uma tendência natural de dizer a verdade; mas para mentir teria de exercer um autocontrole, demandando um esforço cerebral. Desta forma, acreditava-se que quando a pessoa fosse submetida à tortura, durante o suplício, suas energias eram canalizadas para resistir à dor, possibilitando que revelasse tudo que tinha conhecimento. Logo, a verdade somente surgiria quando existisse a imposição do sofrimento físico.¹¹

Na Antigüidade a tortura era amplamente utilizada, pois consistia em uma prática absolutamente legal. Existiam várias civilizações que a utilizavam. Neste presente trabalho serão examinadas as civilizações babilônica, grega e romana, em razão de suas importâncias no contexto histórico.

¹⁰ VIVES ANTÓN, T. S. y otros. *Derecho Penal, parte especial*. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p.205.

¹¹ THOT, Ladislau. *La tortura. Jurisprudência Argentina*, t. 31, p. 85. Argumenta Thot que é falsa a tese de que a dor sentida pelo homem o faz revelar coisas que, de outro modo, não diria, por estar fundamentada em critério simplista, já que a dor por ele sentida o faz revelar “não só fatos verdadeiros, mas também inverossímeis”.

Dentre as diversas legislações que autorizavam os suplícios, pode-se exemplificar com a da Babilônia¹², em que foi criado o primeiro código escrito de leis. O Código do rei da Babilônia Hammurabi, conhecido como Código de Hammurabi ou Lei de Talião (1728-1686 a.C.), que apresentava a célebre lei de talião, conhecido pelo axioma “olho por olho, dente por dente”, autorizando a sanção corporal proporcionalmente ao mal causado. Nesta Lei de Talião as reprimendas eram severas, tais como a mutilação do corpo, a exemplo do corte da língua, de um dos seios, das orelhas, das mãos, o cegamento etc. Existiam mais de trinta delitos que tinham como pena a morte do indivíduo.

Entretanto, mister ressaltar que a Lei de talião¹³, apesar de ser considerado um símbolo de ferocidade bárbara, na época foi considerada um progresso moral e jurídico, pois impôs um limite, ou seja, o incomum aspecto da proporcionalidade entre o mal causado e a reação. Desta maneira, esta influência do princípio do Talião nas legislações de outras civilizações do Antigo Oriente, representou uma conquista na aplicação da Justiça Penal, onde imperava a vingança privada, que era arbitrária e desproporcional.

Na Grécia, os diferentes grupos políticos gregos torturavam sempre os escravos e às vezes os cidadãos. Struve narra as torturas que eram submetidos os escravos: “El testimonio prestado en un juicio siempre se producía bajo tortura; como castigo, eran encerrados a solicitud del amo en un calabozo bajo y estrecho, donde no podían ponerse de pie, ni acostarse ni sentarse.”¹⁴

¹² Atualmente denominada Bagdá, capital do Iraque.

¹³ FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime*. Paolo Capitanio (Trad), 2ª ed. São Paulo: Bookseller, 1999. Dispõe acerca de alguns dispositivos do código de Hamurabi que reproduzem a Lei de talião, que são os seguintes:

“§ 196. Se alguém tirar um olho a outro, perderá o próprio olho.

§197. Se alguém quebrar um osso a outrem, parta-se-lhe um osso também.

§229 e 230. Se o mestre de obras não construiu solidamente a casa e esta caindo mata o proprietário, o construtor será morto e se for morto o filho do proprietário será morto o filho do construtor.”

¹⁴ STRUVE, V. V., *História de la antiga Grécia*, vol. II. Madrid: EDAF, 1974, pp. 99-100.

Argumenta Pietro Verri que tanto entre os gregos quanto entre os romanos desconhecia-se o uso da tortura contra os homens (cidadãos), ou seja, a tortura era empregada contra os servos (escravos). Descreve Verri: “[...] dos escravos, que no sistema deles, não eram considerados pessoas, mas apenas coisas, de modo que eram vendidos, mortos, mutilados com o mesmo poder e liberdade com que se age no caso de um jumento, sem que as leis limitassem o poder sobre eles”.¹⁵

Contudo, em Roma, durante a República e a época inicial do Império, sofrendo a influência oriental e com o declive da sociedade escravagista, os cidadãos também passaram a ser submetidos aos suplícios, tendo a tortura adquirido um forte impulso. Os romanos utilizavam diversos métodos de tortura, fazendo uso de máquinas como a “rota” (roda) e o “equuleus” (caveleto).¹⁶ Também usavam vários animais como o tormentum cum capra, onde a cabra lambia até descarnar as solas da vítima, previamente esfregadas com sal; tormentum cum scarabeo, onde um escaravelho ou outro inseto era colocado sobre o corpo da vítima e tampado com um vaso.

Neste diapasão, ensina Verri:

[...] depois que a liberdade de Roma foi subjugada e instaurada a tirania, vêem-se isentadas da tortura as pessoas de nascimento, dignidade ou serviços militares. Durante a República, porém, apenas os servos eram submetidos a esse suplício, e nunca os homens filhos da pátria, dotados de existência pessoal, e assim [...] Veja-se Salústio em Catilin., que também afirma que as leis romanas proibiam que se infligissem torturas aos homens livres.[...]assim, a medida que se consolidava a tirania, a tortura utilizada apenas contra os servos nos tempos felizes de Roma, fosse estendida também aos livres.¹⁷

¹⁵ VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p.93.

¹⁶ MATTOSO, Glauco. *O que é tortura*. São Paulo: Brasiliense, 1984. MATTOSO descreve que a roda, tinha aplicação variada, pois móvel servia para esmagar como um rolo compressor; fixa num eixo com manivela, servia para amarrar a vítima, provocar-lhe lentas cambalhotas sobre uma fogueira ou um chão de pregos. Por sua vez, o caveleto era um leito de madeira no qual a vítima era atada com braços e pernas separados em forma de X e esticada por meio de dois carretéis, um na cabeceira e outro nos pés, onde as cordas iam se enrolando.

¹⁷ VERRI, op.cit., p.96.

Neste período da Idade Antiga, parece que a única lei que não admitia a tortura era a Lei Mosaica, a legislação do povo hebreu. Deste modo, no texto sagrado não há nenhuma referência à tortura. Nesta legislação não se exigia a confissão do réu e as provas consistiam nas testemunhas. Segundo Verri:

No livro do Deuteronômio, cap. 19, no 10. lê-se que “não se espalhe o sangue inocente sobre a terra que Deus te dará para morar, para que não sejas culpado de sangue; e no número 16 se ordena como se hão de provar os crimes, a saber, com as testemunhas, e se prescreve que uma única testemunha não tem validade, qualquer que seja o crime em questão, mas que duas ou três testemunhas constituem a prova completa.”¹⁸

Neste sentido argumenta Oswaldo Duek que: “A supremacia da pessoa humana ressaltada pelo cristianismo, pode ser considerada como importante marco do humanitarismo na história [...] Ao proclamar a autonomia da vida espiritual, o evangelho elevou os direitos da pessoa humana acima da tirania estatal.”¹⁹

3. Na Idade Média.

A Idade Média é o período que se inicia no século V d.C., precisamente no ano de 476 da era cristã, com a queda do Império Romano e a invasão da Europa pelos povos bárbaros, transcorrendo até o século XV d.C. com a conquista de Constantinopla pelos turcos otomanos.

Com o declínio do Império Romano e as invasões bárbaras, surgiram as “ordálias ou juízos de Deus”, trazidas pelos povos germânicos. A expressão *ordalium*, provém de *ordal*, que significa decisão. Desta forma, o indivíduo

¹⁸ VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p.95.

acusado de crime era submetido a diversos suplícios, cuja decisão era proveniente da divindade. Os métodos variavam muito, geralmente consistiam na “prova do fogo” ou na “prova da água”. Essas espécies de provas eram utilizadas porque se acreditava que os seres sobrenaturais se manifestariam, surgindo a verdade, que consistia na culpa ou inocência do acusado. Portanto, consistia numa consulta feita aos espíritos.

Conforme João Bernardino Gonzaga:

[...] o réu devia transportar com as mãos nuas, por determinada distância, uma barra de ferro incandescente. Enfaixavam depois as feridas e deixavam transcorrer certo número de dias. Findo o prazo, se as queimaduras houvessem desaparecido, considerava-se inocente o acusado; se se apresentassem infeccionadas, isso demonstrava a sua culpa. Equivalentemente ocorria na “prova da água”, em que o réu devia por exemplo submergir, durante o tempo fixado, seu braço numa caldeira cheia de água fervente. A expectativa dos julgadores era de que o culpado, acreditando no ordálio e por temor as suas consequências, preferisse desde logo confessar a sua própria responsabilidade, dispensando o doloroso teste.²⁰

Menciona Pietro Verri que:

Naqueles tempos de barbárie, acreditava-se que o ser eterno não haveria de tolerar que a inocência sofresse opressão, e inclusive a subtrairia à dor e a qualquer dano, como se Deus, por nossas miúdas questões fosse alterar as leis físicas por ele mesmo criadas a qualquer pedido nosso.²¹

Nesse período medieval a Igreja teve relevante papel, passando a ter influência decisiva nas questões de Estado. O homem passou a ser visto como imagem e semelhança de um Deus único, a pena consistia na vingança pública, exercida como espécie de represália pela violação divina. O criminoso, por via de

¹⁹ DUEK, Oswaldo Henrique. *Fundamentos da pena*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 46.

²⁰ GONZAGA, João Bernardino. *A inquisição em seu mundo*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 23. Segundo João Bernardino Gonzaga, se o imputado fosse nobre de muito alto nível, um príncipe, um conde, era-lhe permitido indicar algum subordinado seu para participar dessas provas.

²¹ *Ibid.*, p. 98.

consequência, era visto também como pecador e, por meio do castigo, salvar-se-ia para a vida eterna.²²

Segundo João Bernardino Gonzaga, em virtude da firme oposição da igreja, a utilização dos ordálios foi declinando, praticamente desaparecendo no século XIV. Por seu turno, a Inquisição iniciou-se no século XIII, vigorando até o século XIX. Preleciona este autor que:

Através da inquisição, unem-se mais fortemente os dois Poderes e reafirma-se a doutrina política baseada na idéia das duas espadas: a da igreja e a do rei, delegadas ambas por Deus para o exercício da autoridade nas duas esferas, espiritual e temporal, com supremacia da primeira.²³

O sistema inquisitivo foi implantado com a criação dos Tribunais do Santo Ofício. Neste sistema a confissão era a rainha das provas, satisfazia um interesse social e atendia a finalidade específica de condenar o acusado, expiando sua culpa e salvando sua alma. Parece óbvio que a tortura foi institucionalizada, adquirindo seu apogeu durante a Idade Média.²⁴

²² DUEK, Oswaldo Henrique. *Fundamentos da pena*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. Conforme Duek Marques.

²³ GONZAGA, João Bernardino. *A inquisição em seu mundo*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 23. .

²⁴ Vale ressaltar algumas regras do Manual dos Inquisidores, escrito pelo dominicano Nicolau Eymerich, no ano de 1376, fruto de sua experiência de inquisidor e apresentando o modo de se fazer a aludida investigação. Assim, constava no Manual:

“1 – Tortura-se o acusado que vacilar nas respostas, afirmando ora uma coisa, ora outra coisa, sempre negando os argumentos mais fortes da acusação. Nestes casos, presume-se que esconde a verdade e que, pressionado pelo interrogatório, entra em contradição. Se negar uma vez, depois de confessar e se arrepender, não será visto como vacilante e sim herege penitente, sendo condenado.

2 – O suspeito que só tem uma testemunha contra ele é torturado. Realmente, um boato e um depoimento constituem, juntos, uma semi-prova, o que não acusará espanto a quem sabe que um único depoimento já vale como indício. Dir-se-ia *testis unus, testis nullus*. Isso não vale para a condenação, mas só como presunção, porquanto para a acusação uma testemunha é o suficiente. Entretanto, convenhamos, o depoimento de uma única pessoa não tem a mesma força que um julgamento civil.

3 – O suspeito contra quem se conseguiu reunir um ou vários indícios graves deve ser torturado. Suspeita e indícios são suficientes. Quanto aos padres, basta a suspeita (porém, só os padres caluniados são torturados). Neste caso, as condições em que tal ocorre são em grande número.

4 – Vai para a tortura quem tiver um único depoimento contra si em matéria de heresia e contra quem, além disso, houver indícios veementes ou violentos.

5 – Será torturado aquele contra quem pesarem vários indícios veementes ou violentos, mesmo se não dispuser de nenhuma testemunha de acusação.

Nesta época a Justiça da Igreja, baseada no D. Canônico, foi-se estruturando. Com o papa Inocêncio III, no século XIII, e com o quarto Concílio de Latrão, em 1216, firmou-se o método da Inquisitio. Ensina João Bernardino Gonzaga:

Na Igreja nasce, desse modo, o que se veio a chamar de sistema processual inquisitório caracterizado então por estas notas: a autoridade dispõe de poderes para, por sua iniciativa, encetar uma ação penal; liberdade de juiz para colher as provas que entenda necessárias; procedimento secreto, em que avulta o interesse em obter a confissão do réu. [...] O ingresso desse Direito representou, é certo, conquista magnífica, acarretando enorme progresso. Dentro dele, porém, havia um fruto venenoso, que acabou sendo também colhido: a tortura. Doravante toda instrução criminal, até o século XVIII, será marcada pelo denodo na idéia da confissão do acusado extorquida pela dor.²⁵

Santo Agostinho refletiu bem o pensamento da época, dizendo que a retribuição do mal deveria ser proporcional ao mal praticado pelo infrator, portanto era preciso que o mal da ação fosse expiado pelo mal da pena. Esta tem o fim de salvação futura do criminoso, ou seja, através dos suplícios será conduzido ao bom caminho.

Não obstante, a punição imposta ao culpado repercutia no âmbito social, intimidando os propensos ao erro. A condenação, no direito medieval, tinha como verdadeiro objetivo provocar o medo coletivo, pois constituía uma espécie de espetáculo favorito das multidões. Desta forma, a tortura era aplicada em praça

6 – Com muito mais razão, será torturado, à semelhança do caso anterior, quem tiver, além de tudo, contra si, o depoimento de uma testemunha.

7 – Quem tiver apenas uma difamação, ou uma única testemunha, ou ainda, um único indício, não será torturado: cada uma dessas condições, isoladamente, não basta para justificar a outra.”²⁴

²⁵ GONZAGA, João Bernardino. *A inquisição em seu mundo*. São Paulo: Saraiva, 1993, p.24.

pública, na maioria das vezes, consistindo em amputação de braços, pernas, olhos, língua, mutilações diversas, queima de carne a fogo etc.²⁶

Em relação ao acusado, o suplício devia ser marcante, tinha como função purgar (purificar, expiar) o crime. Em relação à Justiça, o suplício devia ser ostentoso, sendo constatado por todos, um pouco como seu triunfo. Portanto, os suplícios que eram impostos aos condenados reafirmavam o poder absoluto do soberano, que não admitia qualquer violação às suas leis. Neste sentido, ensina Oswaldo Duek: “A ofensa ao rei ou aos Delegados do poder, pela infração às leis, transformavam o transgressor em inimigo do sistema. Contra ele justificavam-se os castigos mais graves, com os requintes da anatomia do sofrimento”.²⁷

Deste modo, o governo era sempre considerado legítimo, seja justo ou injusto, pacífico ou violento; o monarca representava uma figura sagrada. Portanto, revoltar-se contra o governo caracterizava um crime de sacrilégio, pela ofensa indireta a autoridade divina. Aquele que tentava derrubar o governo significava ao mesmo tempo inimigo do povo e inimigo de Deus.

No final da Idade Média o Sistema inquisitório passou a sofrer influencia do humanismo, como assevera Grima Lizandra:

La tendencia humanista, iniciada a finales de la Edad Media, desemboca en la Ilustración afirmando la igualdad y la libertad de todos los hombres, por naturaleza. Desde tales postulados criticarán la arbitrariedad política y judicial, los privilegios, el sistema inquisitorio. Y, lógicamente, se cuestiona también la práctica de la tortura, como medio de forzar la confesión.²⁸

²⁶ DUEK, Oswaldo Henrique. *Fundamentos da pena*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 50. Conforme Duek Marques.

²⁷ Ibid., p.56.

²⁸ GRIMA LIZANDRA, Vicente. *Los delitos de tortura y tratos degradantes por funcionarios públicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 456.

4. Na Idade Moderna.

Com o início da Idade Moderna (1453), seguiram pensamentos humanistas que defendiam a proibição da tortura. Neste diapasão, nomes de pensadores como os de MONTESQUIEU, VOLTAIRE Y BECCARIA são muito conhecidos como autores das bases do Estado de Direito. Sobretudo, BECCARIA, através de sua obra “Dos delitos e das penas”.

Podemos citar outros entusiasmados pensadores como THOMASIU, VERRI, SONNENFELS, LARDIZÁBAL, que teceram diversas críticas ao procedimento penal do absolutismo, contribuindo para a queda de seus fundamentos e o desuso da tortura judicial, durante a segunda metade do século XVIII.

Michel Foucault em sua obra “Vigiar e Punir” retrata no primeiro capítulo a utilização da tortura, ao iniciar sua obra com a parte dispositiva da sentença de morte, descrevendo o esquartejamento de Damiens, que sofreu uma das punições mais bárbaras da história, por ter tentado contra a vida do rei. Descreve a sentença:

Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757, a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris, levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; na dita carroça, na praça de Grève, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado²⁹ nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo

²⁹ GONZAGA, João Bernardino. *A inquisição em seu mundo*, São Paulo: Saraiva, 1993, p.24. Conforme João Bernardino Gonzaga, nesta época era muito utilizado o atenazamento, em que os carrascos, com tenazes, arrancavam porções do corpo do condenado, e logo cobriam as feridas com chumbo derretido, piche ou cera ferventes, etc, a fim de evitar excesso de sangramento que apressasse a morte.

consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento.³⁰

A pena era calculada de acordo com regras detalhadas: número de golpes de açoite, localização do ferrete em brasa, tempo de agonia na fogueira ou roda, tipo de mutilação a impor (mão decepada, lábios ou língua furados). Desta forma, a morte era o termo final de uma graduação calculada de sofrimentos.

Os pensadores iluministas censuravam o uso bárbaro da tortura, que ainda permanecia no início da Idade Moderna. Beccaria em sua obra “Dos delitos e das penas” critica fortemente a tortura afirmando, entre outras coisas: “É querer subverter a ordem das coisas exigir que um homem seja ao mesmo tempo acusador e acusado, que a dor se torne o cadinho da verdade, como se o critério dessa verdade residisse nos músculos ou nas fibras de um infeliz. Este é o meio seguro de absolver os robustos criminosos e de condenar os fracos inocentes”.³¹

E segue argumentando: “O inocente exclamará, então, que é culpado, para fazer cessar torturas que já não pode suportar; e o mesmo meio empregado para distinguir o inocente do criminoso fará desaparecer toda diferença entre ambos”.

Neste sentido Beccaria afirma que não é justo atormentar um homem pelos crimes de outro homem. Ou seja, que na verdade se podem descobrir os cúmplices pelos interrogatórios do acusado e das testemunhas, pelo exame das provas e do corpo de delito. Em suma, por todos os meios empregados para constatar o delito.

Beccaria também questionou acerca dos ordálios. Afirmando:

A única diferença entre tortura e provas do fogo e da água fervente é que o êxito da primeira depende, em parte, da vontade do réu e , o das últimas, de fato meramente físico e

³⁰ FOUCAULT, Michel, Vigiar e Punir. 25 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2002, p.29.

³¹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 62.

extrínseco. Todavia, essa diferença é só aparente, não real. Tão pouca é a liberdade de dizer a verdade entre os espasmos e as dilacerações, quanto o era então impedir sem fraude os efeitos do fogo e da água fervente. Todo ato da nossa vontade é sempre proporcional à força da impressão sensível de onde se origina. E a sensibilidade do homem é limitada. Assim, a impressão da dor pode crescer a tal ponto que, ocupando a sensibilidade inteira do torturado, não lhe deixa outra liberdade senão a de escolher o caminho mais curto, momentaneamente para se subtrair à pena. Então a resposta do réu é tão necessária quanto o seriam as impressões do fogo e da água. O inocente sensível declarar-se-á culpado, quando achar que assim fará cessar o tormento. A diferença entre eles é anulada pelo próprio meio que se pretende utilizar para encontrá-lo. É supérfluo, para melhor esclarecer, citar inúmeros exemplos de inocentes que confessam a culpa diante dos espasmos da tortura. Não há nação nem época que não os enumere, mas nem os homens mudam, nem tiram proveito disso.³²

Lardizabal, em seu clássico “Discurso sobre las penas”, sustenta a seguinte tese:

El tormento es comumente reputado por una de las pruebas y medios que hay para descubrir la verdad. Pero estoy intimamente persuadido de que el tormento es una verdadera y gravísima pena, y sólo creo que es una prueba no de la verdad, sino de la robustez o delicadeza de los miembros del atormentado, una prueba de bomba judicial.³³

Deste modo, Lardizabal alega que a sensibilidade de todo homem tem seus limites, e a dor pode chegar a tal extremo que, ocupando-a toda, não deixe liberdade ao atormentado para escolher o caminho mais curto de livrar-se da dor, que é a confissão do que se quer que ele confesse. Então o inocente se confessará réu e esta confissão é causada pela natureza mesma da dor e pela constituição do corpo humano.

³² BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, pág. 63.

³³ LARDIZABAL Y URIBE, Manuel de. *Discurso sobre las penas*, Granada: Comares, 1997, p. 115.

Enfim, os pensadores iluministas, ressaltando a influência de Beccaria, proporcionaram uma postura mais próxima da humanização das penas e dos procedimentos judiciais, originando a Declaração dos Direitos do homem e do cidadão. Apesar desta Declaração não proibir expressamente a tortura, esta, paulatinamente, veio à ser vedada nas diversas legislações, com fundamento nos princípios garantidos nesta Declaração.

5. Na Idade Contemporânea.

Internacionalmente, o período entre guerras (1918-1939) é marcada na Europa e em alguns países da América do sul pelo regime de governo fascista. Na Europa podemos citar os países: Portugal (Salazar), Espanha (Franco), Itália (Mussolini), Alemanha (Hitler).

Na Alemanha o regime nazista-alemão de Hitler praticou verdadeiras atrocidades. A política adotada era o anti-semitismo, ocorrendo uma verdadeira tentativa de extinguir a raça judia, considerada inferior. Deste modo, os judeus eram encerrados em campo de concentrações, onde eram torturados, desprezados, exterminados em câmaras de gás venenoso, e submetidos a experiências em laboratórios.³⁴

Parece que tais horrores, ocorridos durante o período entre a primeira e segunda guerra mundial, acabaram por trazer à tona a publicação de tratados e convenções internacionais, proibindo o uso da tortura nas constituições dos diversos países.

Professa Flávia Piovesan:

³⁴ Vale recordar a morte em campo de concentração alemão da judia Olga Prestes, esposa de Carlos Prestes, militante político brasileiro.

A verdadeira consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos surge em meados do século XX, em decorrência da Segunda guerra mundial. Nas palavras de Thomas Buergenthal: O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e a crença de que parte destas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse.³⁵

Deste modo, conforme ensina Grima Lizandra, a tortura, paulatinamente, foi abolida nas diversas legislações dos países. Argumenta este autor:

Anteriormente, el Código de 1734 de Suecia la había prohibido formalmente, aunque permaneció su aplicación para ciertos crímenes extraordinarios. En Rusia, fue abolida por Frederico II em 1740; e em Toscana, en 1786. A España también llegaron las ideas ilustradas que, finalmente y no sin resistencias, lograron imponerse; y de tal manera que puede decirse que entre 1774 y 1804 la tortura judicial había decaído prácticamente en España. Pero la abolición legal comienza con la Constitución de Bayona, en cuyo artículo 133 se estableció que “el tormento queda abolido; todo rigor o apremio que se emplee en el acto de la prisión o en la detención y ejecución y no esté expressamente autorizado por la ley, es un delito”³⁶

6. A História da Tortura no Brasil.

A história da tortura no Brasil origina-se desde os tempos de seu descobrimento pelos portugueses (ano de 1500), durante o período da escravidão, tendo extrema importância nos períodos mais recentes da ditadura militar (1964-

³⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 6ª ed. São Paulo: Max Limonad. 2004, p. 65.

1985). Na época da escravidão, os escravos eram constantemente submetidos a suplícios diversos e considerados como “coisas” e não como seres humanos. Neste sentir, declara a Anistia Internacional:

[...] Atribui-se, assim, a aparente aceitação da tortura tanto pelos setores afluentes quanto carentes da sociedade a uma predisposição cultural ou, na melhor das hipóteses, a uma resignação inata ante o recurso a tais práticas violentas e abusivas.

E segue comentando:

Não resta dúvida de que a longa história de escravidão deixou sua marca em uma sociedade que permanece extremamente estratificada em termos de riqueza e raça. Trata-se de uma sociedade em que os indivíduos pertencentes aos setores menos privilegiados são rotineiramente privados de acesso aos direitos humanos mais fundamentais.

37

Os períodos de instauração dos governos militares na América Latina e, especificamente, no Brasil (1964-1985), configuram o uso exaustivo da tortura. Durante este período foi montado o aparato estatal para repressão sistemática da oposição política³⁸. A utilização da tortura pela segurança pública era a política oficial, aprovada e, por conseguinte, institucionalizada. Deste modo, como exemplo da legalidade da tortura nesta época, pode-se citar o manual “confidencial” de técnicas de interrogação produzido pelo gabinete central do Ministério do Exército e seu respectivo Centro de Informações (CIEx) em 1971, descoberto posteriormente em um arquivo de segurança da polícia do Estado do Paraná.

³⁶ GRIMA LIZANDRA, Vicente. Los delitos de tortura y tratos degradantes por funcionarios públicos, Valencia: Tirant lo blanch, 1998, p. 36.

³⁷ ANISTIA INTERNACIONAL. *Tortura e maus tratos no Brasil*. Amnesty International Publications: Brasil, 2001, p. 12.

³⁸ Ibid., p. 12. Conforme Anistia Internacional.

Este aludido manual determinava como deveriam proceder os interrogatórios feitos a presos políticos. Segundo Cecília Maria Bouças Coimbra, alguns trechos tinham este conteúdo:

[...] o interrogatório é uma arte e não uma ciência [...] o interrogatório é um confronto de personalidades. [...] O fator que decide o resultado de um interrogatório é a habilidade com que o interrogador domina o indivíduo, estabelecendo tal advertência para que ele se torne um cooperador submisso [...]. Uma agência de contra-informação não é um Tribunal de Justiça. Ela existe para obter informações sobre as possibilidades, métodos e intenções de grupos hostis ou subversivos, a fim de proteger o Estado contra seus ataques. Disso se conclui que o objetivo de um interrogatório de subversivos não é fornecer dados para a justiça criminal processá-los; seu objetivo real é obter o máximo possível de informações. Para conseguir isso será necessário, freqüentemente, recorrer a métodos de interrogatório que, legalmente, constituem violência. É assaz importante que isto seja bem entendido por todos aqueles que lidam com o problema, para que o interrogador não venha a ser inquietado para observar as regras estritas do direito [...]³⁹

Mister ressaltar que nos períodos ditatoriais republicanos do Estado Novo (1937 - 1945) e da Ditadura Militar (1964 -1985), a tortura era utilizada contra opositores políticos de esquerda, sofisticando-se nas técnicas adotadas. Deste modo, as forças de segurança receberam ensinamentos de novas técnicas de tortura para a obtenção de informações, ministrados por especialistas militares norte-americanos.⁴⁰

Segundo afirmação do ex-presidente Ernesto Geisel, em publicação de seu livro de memórias:

³⁹ PONTIERI, Alexandre. *Breves considerações sobre a tortura*. Revista Jurídica. Vol.52. Porto Alegre, outubro/2004, p. 114. Conforme Alexandre Pontieri.

⁴⁰ Ibid., p. 114. Conforme Alexandre Pontieri, a Escola das Américas, instalada nos EUA, foi identificada por historiadores e testemunhas como um dos centros de difusão de técnicas associadas à prática da tortura e maus tratos.

[...] que a tortura em certos casos torna-se necessária, para obter informações. [...] no tempo do governo Juscelino, alguns oficiais [...] foram mandados à Inglaterra para conhecer as técnicas do serviço de informação inglês. Entre o que aprenderam havia vários procedimentos sobre tortura. O inglês, no seu serviço secreto, realiza com discrição. E nosso pessoal, inexperiente e extrovertido, faz abertamente. Não justifico a tortura, mas reconheço que há circunstâncias em que o indivíduo é impelido a praticar a tortura, para obter determinadas confissões e, assim, evitar um mal maior.⁴¹

Cristiano Morini, no artigo “Direitos Humanos e Tortura” menciona os diversos tormentos utilizados naquela época, e ainda em prática. São eles:

“CAPUZ: causa tortura física inesperada e tortura psicológica (o torturado fica incapacitado de ver de onde vem os golpes);

FORMAS DE IMOBILIZAÇÃO: utilizada nos intervalos de outras formas de tortura com o objetivo de causar esgotamento físico (segurar pesos nos braços, equilibrar a sola dos pés em latas cortantes);

ESPANCAMENTO: murros e pontapés aplicados em regiões como rins, estômago e diafragma;

CORREDOR POLONÊS: filas paralelas de torturados formando um caminho obrigatório para a vítima passar;

TELEFONE: aplicação de tapas com ambas as mãos nos ouvidos da vítima (provoca rompimento dos tímpanos e labirintite);

PAU-DE-ARARA: aplicado desde os tempos de escravidão, constitui-se em um dos métodos mais antigos de tortura. A vítima fica pendurada em posição de frango assado (causa dores terríveis no corpo e na cabeça);

CHOQUES ELÉTRICOS: aplicados em regiões sensíveis do corpo (que é molhado para facilitar a condutividade da corrente elétrica) como órgãos genitais, língua e ouvidos;

HIDRÁULICA: como o pau-de-arara, é um dos métodos de tortura mais antigos, utilizados desde a Inquisição (Idade Média). Quando aplicado em indivíduos em pau-de-arara, causa afogamento;

⁴¹ PONTIERI, Alexandre. *Breves considerações sobre a tortura*. Revista Jurídica. Vol.52. Porto Alegre, outubro/2004, p. 114. Conforme Alexandre Pontieri.

PALMATÓRIA: espécie de raquete de madeira que é aplicada às mãos, pés, nádegas e costas da vítima;

ESCOVA DE AÇO: causa esfolamento e sangramento quando aplicada no peito e nas costas da pessoa torturada;

NÓ-DA-MÁFIA: amarra-se o pescoço da vítima aos seus pés, sendo, estes, suspensos, causando enforcamento;

QUEIMADURAS DE CIGARRO: costumeiramente utilizada no momento dos interrogatórios;

CADEIRA-DO-DRAGÃO: espécie de cadeira elétrica;

TAMPONAMENTO POR ÉTER: aplicação nas partes sensíveis e feridas do corpo, provocando queimaduras e dores;

TORTURA SEXUAL: prática de estupros, introdução de cacete no ânus, compressão e choques nos testículos;

SORO DA VERDADE OU PENTOTAL: causa depressão e diminuição da capacidade de reação (os próprios médicos, a serviço do Estado, o aplicavam);

"GELADEIRA": constitui-se em um pequeno quarto de dois metros quadrados, escura e fria. Os agentes que praticavam torturas mesclava a permanência da vítima nas "geladeiras" e nas salas fortemente iluminadas e quentes. Psicologicamente, a vítima sentia insegurança;

ANIMAIS: eram utilizados nas sessões de tortura, tais como cobras e ratos (no DOI-CODI/RJ, em 1970, utilizaram um jacaré);

ARRASTAMENTO EM VIATURA: causava esfolamento e escoriações generalizadas no corpo da vítima. Também forçavam a vítima a respirar o gás que saía pelo escapamento do veículo;

ESCALPO: consiste na retirada da pele da vítima;

CHURRASQUINHO: introdução de material inflamável no ânus e na vagina;

CAMA CIRÚRGICA: a vítima é amarrada e esticada em uma cama. Causava o rompimento de nervos e, sobre a cama, também praticavam torturas como o arrancamento das unhas;

"MASSARICO": espécie de "churrasquinho" que causa queimaduras de primeiro grau;

COROA-DE-CRISTO OU CAPACETE: consistia no esmagamento do crânio por meio de um anel metálico e um mecanismo que o estreitava;

TORTURA AOS FAMILIARES E A AMIGOS: consistia em torturar amigos e parentes em frente ao perseguido político".⁴²

Durante o período do regime militar, os recursos utilizados consistiam na execução extrajudicial, no "desaparecimento", no uso da tortura e maus-tratos, que eram práticas rotineiras realizadas pelos agentes do Estado.⁴³ Após o fim da ditadura militar, nenhum dos torturadores daquele período foi encaminhado à Justiça.

A Lei de Anistia nº 6683 de 28 de agosto de 1979 reza:

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.

§ 1º – Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

Deste modo, os juízes brasileiros decidiram interpretar o termo "crimes conexos", como incluindo a tortura. Desta maneira, permitiu a permanência da impunidade dos torturadores do período militar. Portanto, os torturadores do período militar atualmente encontram-se em liberdade, e muito deles continuam no serviço ativo das forças de segurança pública⁴⁴, ressaltando-se que alguns possuem cargos importantes.⁴⁵

⁴² MORINI, Cristiano, *Direitos humanos e Tortura*. Disponível em: <www.sostortura.com.br>. Acesso em: 03/04/2005.

⁴³ Conforme Anistia Internacional.

⁴⁴ Pensar qual a ideologia atual praticada por eles é pensar em seu corolário; ou seja, na questão da vitimização do agente público. Seguir refletindo acerca da circunstância deste agente, colocada por Ortega y Gasset – "yo soy yo y mi circunstância". Ressaltando, ainda, a questão hierárquica, e

Segundo Cristiano Morini, no Brasil, com a Lei de Anistia, promulgada em 1979, cessaram as perseguições aos intelectuais e políticos que contrariavam o governo. Deste modo, as torturas deixaram de existir nesta esfera para prosseguir contra os presos comuns nos cárceres, bem como durante as investigações policiais para apuração dos delitos comuns.

Cristiano Morini reflete o caráter da tortura na atualidade brasileira, quando encerra o supra citado artigo concluindo de forma muito clara: “O tema da tortura, tratado neste artigo, não é apenas mais um dentre a lista de violações aos direitos humanos. Mas, o que atinge diretamente a pessoa humana, em sua integridade física e psicológica, e, o pior, é praticada por alguém constituído com as mesmas características biológicas e, na maioria das vezes, racial, religiosa e social.”⁴⁶

No Brasil de hoje, apesar de proibida na legislação nacional e internacional, permanece sendo utilizada, sobretudo como modo de investigação policial. Veja o fato ocorrido recentemente no ano de 2001, no Estado de Minas Gerais:

[...] é o caso de Alexandre de Oliveira, de 23 anos. Alexandre foi preso em 12 de janeiro de 2001, no Município de Bom Jardim, estado de Minas Gerais, sob a acusação de estupro da própria filha de um ano de idade, que fora hospitalizada, segundo consta, por apresentar sangramento na região genital. Alexandre foi levado à Delegacia de Bom Jardim onde, segundo as informações, negou o estupro da filha. Consta que então foi algemado por policiais civis, que passaram a golpeá-lo nas solas dos pés com um pau envolto em fita adesiva, além de lhe aplicar eletrochoques na nuca.

o dever da obediência por parte de seus subalternos. Até onde a obediência permeia o universo da legalidade ou da ilegalidade? Parece que todas as voltas e voltas retornam sempre a questão da formação do agente público. Bater na mesma tecla: educar para a promoção dos direitos e liberdades. Portanto, nunca violar direitos. Em outras palavras, entender que é contraditório o agente público utilizar a ilegalidade para proteger a legalidade, haja vista sua função, que é a de garantidor da lei e dos direitos

⁴⁵ Conforme a Declaração Universal dos Direitos Humanos, educar no sentido de considerar que o reconhecimento da dignidade humana inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo.

⁴⁶ MORINI, Cristiano, *Direitos humanos e Tortura*. Disponível em: <www.sostortura.com.br>. Acesso em: 03/04/2005.

Alexandre declarou também que os policiais lhe disseram que a tortura não cessaria até o momento em que ele assinasse uma confissão. Alexandre assinou a confissão, embora alegue que não lhe foi dada oportunidade de ler o texto. Em 17 de janeiro de 2001, Alexandre foi posto em liberdade após ter sido constatado por novos exames médicos que a causa do sangramento e inchaço dos órgãos genitais de sua filha era a presença de um tumor. [...] ⁴⁷

Grima Lizandra argumenta acerca do modo de utilização da tortura nos dias de hoje:

La abolición de la tortura como institución jurídico- procesal no supone, empero, su desaparición en la práctica. Ciertamente ésta disminuyó notablemente – dada su ilegalidad - ; pero aun en menor número y frecuencia, continuó en el ámbito de la clandestinidad. La tortura dejó de ser un instrumento reconocido por el Estado, pero se convirtió en un instrumento utilizado encubiertamente por el mismo Estado. ⁴⁸

É obvio que a tortura é uma prática globalizada da modernidade, que utiliza métodos diversos dos períodos históricos anteriores. De la Cuesta Arzamendi afirma quais as características mais destacadas desta prática:

- 1) Su ocultación, derivada del rechazo formal internacional que provoca y que lleva a los gobiernos a negar su utilización e incluso a remitir su empleo no a los cuerpos y fuerzas de seguridad ordinarios, sino a unidades especializadas de éstas o del ejército y hasta a fuerzas paramilitares o parapoliciales, con el fin de evitar la condena internacional.
- 2) Su internacionalización y extensión en amplias zonas del globo, en especial entre los regímenes militares, que, en diversas ocasiones, han podido gozar del apoyo y colaboración de importantes potencias (expertos militares...) en las nuevas técnicas de tortura.
- 3) Su sofisticación, derivada del empleo cada vez más generalizado de métodos blancos, limpios, sin huella, aplicados con el asesoramiento y control de especialistas

⁴⁷ Anistia Internacional. Tortura e Maus-tratos no Brasil. Amnesty International Publications, 2001.

⁴⁸ GRIMA LIZANDRA, Vicente. *Los delitos de tortura y tratos degradantes por funcionarios públicos*, Valencia: Tirant lo blanch, 1998, p. 38.

(médicos, psicólogos, farmacólogos...) que intervienen no sólo para impedir resultados físicos excesivos (p.ej., la muerte), sino, al mismo tiempo, para asegurar la eficacia de intervención torturadora científica. Esto agrava sobremanera los problemas de prueba, tan dificultada siempre por el miedo de las víctimas a las represalias sobre sí o su familia, por el secretismo inherente a la práctica de la tortura y hasta por la obsesión oficial por proteger la reputación de sus cuerpos policiales o militares, que tantas resistencias lleva a ofrecer a la efectiva admisión e investigación de las denuncias de tortura.⁴⁹

⁴⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *El delito de tortura*. Barcelona: Ed. Bosch, 1990, p. 218.

CAPÍTULO II

ASPECTOS CONCEITUAIS E LEGISLATIVOS DO DELITO DE TORTURA.

1. Considerações prévias.

Neste capítulo serão abordados aspectos legislativos do delito de tortura no âmbito internacional, bem como aspectos conceituais no Brasil e em alguns países europeus.

Descreveremos no próximo item dois, alguns dos valiosos instrumentos internacionais de combate à tortura, que têm como missão principal consagrar as proibições existentes tanto a nível internacional como interno (mediante medidas de apoio).

No item três, trataremos os conceitos internos do delito de tortura no Brasil, Espanha, Alemanha, Itália, França e Áustria, explorando os diversos ordenamentos penais atinentes à matéria.

2. Aspectos Legislativos.

Antes de introduzir a legislação pertinente à tortura no âmbito do Direito Internacional, vale ressaltar o ensinamento de Hurst Hannum, que declara:

Toda pessoa tem direito a adequadas condições de vida, a não ser submetida a um tratamento arbitrário pelo governo, a participar da sociedade com base na igualdade. Em muitos aspectos, o Direito Internacional dos Direitos Humanos é concernente primariamente à garantia de justiça, de modo a assegurar que as regras do jogo sejam observadas, mais do que determinar o vencedor. O Direito internacional dos direitos humanos busca fazer com que os governos sejam

passíveis de responsabilidade, de acordo com as regras que eles próprios proclamaram ter valor universal.⁵⁰

Seguindo o pensamento de Hurst Hannum, parece claro que existe uma pressão por parte dos órgãos internacionais, fundamentados nos tratados de proteção aos Direitos humanos, para que os países, inclusive o Brasil, apresentem uma resposta, punindo os responsáveis pelas violações cometidas (torturas).

Referente ao tema da violência policial, complementa este pensamento a afirmação da Human Rights Watch:

A questão da justiça tem sido, há muito tempo, central para a causa dos direitos humanos. O objetivo é assegurar que os responsáveis por sérios abusos sejam, ao menos, afastados de seus cargos, bem como processados e punidos criminalmente. O movimento de direitos humanos busca justiça e o respeito pela vítima e seus familiares, como um meio de responder às violações que causaram seu sofrimento e busca também deter futuros abusos, expressando a mensagem de que um indivíduo não pode vitimizar outros sem que sofra, ele próprio, severas consequências.⁵¹

Ainda antes de entrar no tema específico da legislação internacional, vale a pena mencionar que são utilizadas diversas denominações para os acordos internacionais. As expressões mais comuns são: Tratado, Convenção, Pacto, Protocolo, Carta, Convênio e Acordo Internacional. Algumas expressões são utilizadas para demonstrar solenidade, v.g., Pacto ou Carta. Outros termos aludem à natureza suplementar do acordo, v.g., Protocolo.

Define Flávia Piovesan, citando Louis Henkin, que o termo tratado, sinônimo das expressões supra citadas, é geralmente usado para se referir aos

⁵⁰ HUMAN RIGHTS WATCH WORLD REPORT 1995: events of 1994, Human Rights Watch, New York, 1995, p.70.

⁵¹ HUMAN RIGHTS WATCH WORLD REPORT 1995: events of 1994, Human Rights Watch, New York, 1994, p. XIII.

acordos obrigatórios, na forma escrita, celebrados entre sujeitos de Direito Internacional, que são regulados pelo Direito Internacional.

No âmbito global, entre os acordos escritos, referentes ao combate à tortura, podemos citar: Declaração Universal dos Direitos Humanos; Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, Declaração sobre a proteção de todas as pessoas contra a tortura e outros tratos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes; Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Por seu turno, no âmbito regional citamos: Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos; Convenção Americana sobre Direitos Humanos; Convenção Européia para a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais; Carta Árabe dos Direitos Humanos; Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura; Convenção européia para a prevenção da tortura; Convenção Árabe para a prevenção da Tortura e de outros tratos desumanos ou degradantes.

Percebe-se que são numerosos os textos internacionais que mencionam a proibição da tortura. É obvio que estes documentos constituem uma prova da aceitação mundial da proibição da tortura como um dos princípios gerais do Direito Internacional, que são delimitadores da proteção mínima absoluta devida à pessoa humana em toda e qualquer circunstância. Neste diapasão, argumenta De la Cuesta Arzamendi que:

La triste realidad de la extendida práctica de la tortura en el mundo, de la que nos dan cuenta periódica de los informes y publicaciones de las organizaciones internacionales dedicadas a la lucha por los derechos humanos, ha impulsado desde mediados de siglo a la inserción de fórmulas prohibitivas de la misma en la práctica totalidad de los textos internacionales relativos a los derechos humanos. No tanto para lograr, subsidiariamente, a través del Derecho Internacional, lo que no ha podido alcanzarse por medio del Derecho interno, cuanto con el objeto de ofrecer recursos adicionales de apoyo a las exigencias de cambio interno en

la materia. Ejemplos de lo anterior son el artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, diversos textos internacionales comprendidos en el marco del llamado derecho bélico, el artículo 7 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, de 19 de diciembre de 1996 (BOE 10 de octubre de 1979), artículo 5 de la Convención Americana sobre derechos humanos, de 22 de noviembre de 1969, artículo 5 de la Carta Africana de derechos humanos y de los pueblos (Carta de Banjul), de 27 de junio de 1981, y otros muchos documentos internacionales de diferente valor jurídico que, de manera expresa y directa, o indirectamente, a través del repúdio de todo acto de violencia o atentado a la integridad personal, cometido por funcionarios públicos – o sujetos sin tal calidad – recogen en su articulado prohibiciones de la tortura y demás tratos inhumanos o degradantes.⁵²

Serão abordados alguns dos textos considerados importantes dentro de um contexto global ou regional, que apresentam expressamente a proibição da tortura. Vejamo-los.

2.1. Instrumentos de alcance global.

2.1.1. Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada em 10 de dezembro de 1948, pela aprovação unânime de quarenta e oito Estados, com oito abstenções.⁵³ Tal declaração surgiu depois da II Guerra Mundial, constituindo uma resposta às atrocidades praticadas durante o período nazista.

Ressalta Flávia Piovesan a importância desta declaração, dizendo:

A inexistência de qualquer questionamento ou reserva feita pelos Estados aos princípios da Declaração e a inexistência

⁵² DE LA CUESTA ARZAMENDI, José L. *El delito de tortura*. Barcelona: Ed. Bosch, 1990, p. 10.

⁵³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 6ª ed. São Paulo: Max Limonad. 2004, p. 75. Segundo Flávia Piovesan, os oito Estados que se abstiveram foram: Bielorrússia, Checoslováquia, Polónia, Arábia Saudita, Ucrânia, URSS, África do Sul e Iugoslávia.

de qualquer voto contrário às suas disposições, conferem à Declaração Universal o significado de um Código e plataforma comum de ação. A declaração consolida a afirmação de uma ética universal, ao consagrar um consenso sobre valores de cunho universal a serem seguidos pelos Estados.⁵⁴

Referente à proteção da dignidade da pessoa, a Declaração dispõe no artigo 5, nestes termos: “Ninguém será submetido à tortura ou a tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.” Deste modo, pode-se observar que o objetivo desta Declaração é delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, consagrando valores básicos universais.⁵⁵

2.1.2. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

O Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos foi aprovado em 1966, ainda que tenha entrado realmente em vigor no ano de 1976, quando alcançou o número de ratificações necessário.

O artigo 7 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos determina que: “Ninguém poderá ser submetido à 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”.

O artigo 10 declara que: “Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana.”.

Este pacto incorpora inúmeros dispositivos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ampliando os direitos. Entre os Direitos Civis e políticos previstos no Pacto, podemos citar: direito à vida; direito de não ser submetido à tortura ou a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; direito à não ser

⁵⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 6ª ed. São Paulo: Max Limonad. 2004, p. 75

escravizado, nem ser submetido à servidão; direitos à liberdade e à segurança pessoal e a não ser sujeito à prisão ou detenção arbitrárias; direito a um julgamento justo; direito à igualdade perante a lei; direito à proteção contra a interferência arbitrária na vida privada; direito à liberdade de movimento; direito a uma nacionalidade; direito de casar e de formar família; às liberdades de pensamento, consciência e religião; às liberdades de opinião e de expressão; direito à reunião pacífica; à liberdade de associação; o direito de aderir a sindicatos e o direito de votar e de tomar parte no governo.

2.1.3. Da Declaração sobre a proteção de todas as pessoas contra a Tortura e outros tratos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

A Declaração sobre a proteção de todas as pessoas contra a tortura e outros tratos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, de 9 de dezembro de 1975, em seu artigo 1, define a tortura, nestes termos:

A los efectos de la presente Declaración, se entenderá por tortura todo acto por el cual un funcionario público, u otras personas a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que haya cometido, o de intimidar a esta persona o a otras. No se considerarán torturas las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de la libertad, o sean inherentes o incidentales a ésta, en la medida en que estén en consonancia con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

A tortura também serve como referencia conceitual de outros tratamentos. Deste modo, preceitua a Declaração: “La tortura constituye una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradante”.

⁵⁵ Ibid., p. 75. Cf. Flávia Piovesan.

2.1.4. Da Convenção contra a Tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

A Convenção da Organização das Nações Unidas contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes foi aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 10 de dezembro de 1984.

O art. 1º da Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, da ONU define a tortura, in verbis:

“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”.

Mister ressaltar que a Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura, adotada em 09 de dezembro de 1985, reforçou o dever dos Estados em prevenir e punir a tortura, compreendendo três elementos: a) a infligência deliberada de dor ou sofrimentos físicos ou mentais; b) a finalidade do ato (obtenção de informações ou confissões, aplicação de castigo, intimidação ou coação, dentre outras); c) vinculação do agente ou responsável, direta ou indiretamente, com o Estado.

O Brasil ratificou em 28 de setembro de 1989 a Convenção da ONU contra a tortura, e em 20 de julho de 1989 ratificou a Convenção Interamericana. Por seu turno, a Espanha ratificou a Convenção da ONU em 19 de outubro de 1987, enquanto a Convenção Interamericana foi ratificada em janeiro de 1982.

Na data de 7 de abril de 1997 o Estado Brasileiro aprovou a Lei 9.455/97, que define e pune o crime de tortura. Antes desta lei, a tortura era punida sob a forma de lesão corporal ou constrangimento ilegal.

Para a lei brasileira 9.455/97, a definição de tortura envolve dois elementos essenciais: a) a infligência deliberada de dor ou sofrimentos físicos ou mentais; b) a finalidade do ato (obtenção de informações ou confissões, aplicação de castigo, intimidação ou coação, e qualquer outro motivo baseado em discriminação racial ou religiosa).

Ensina Flávia Piovesan⁵⁶, comparando a lei brasileira 9.455/97 (Lei de Tortura) com a Convenção da ONU, que dois aspectos se destacam: 1º) a lei brasileira restringe o fator discriminação à discriminação racial e religiosa, enquanto a Convenção menciona discriminação de qualquer natureza; 2º) a lei brasileira não requer, como o faz a Convenção, a vinculação do agente ou responsável pela tortura com o Estado, quer direta ou indiretamente.

Piovesan⁵⁷ entende quanto ao primeiro aspecto, que a restrição imposta pela lei 9.455/97 é descabida, na medida em que qualquer discriminação deveria ser considerada, ou seja, não apenas a racial ou religiosa. Deste modo, exemplifica com os inúmeros fatos ocorridos em virtude da discriminação por orientação sexual das vítimas.

⁵⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 6ª ed. São Paulo: Max Limonad. 2004, p. 75. Cf. Flávia Piovesan

⁵⁷ *Ibid.*, p. 75. Cf. Flávia Piovesan

Quanto ao segundo aspecto, a Lei brasileira determina que não é necessária a condição de agente público para a caracterização do crime, transcendendo a própria concepção da Convenção, que demanda a necessidade desta condição. Piovesan⁵⁸ argumenta que parece mais adequada a definição da Convenção, ainda que mais ampla se mostre a definição nacional. Segue seu pensamento, fundamentando que a gravidade da tortura e o fato de ser ela considerada crime contra a ordem internacional, justifica-se na medida em que sua prática revela a perversidade do Estado; haja vista que seus agentes transformam-se de garante de direitos em brutais violadores de direitos.

Ainda refletindo este segundo aspecto o Direito Penal Espanhol exige no art. 174 do seu código penal que o sujeito ativo seja autoridade ou funcionário público (párrafo 1), ou ainda, autoridade ou funcionário de instituições penitenciárias ou de centros de proteção ou correção de menores (párrafo 2).⁵⁹ Portanto, está em consonância com o previsto pela Convenção.

No sentir de Muñoz Conde, para a configuração da tortura no Direito Internacional exige-se a concorrência de três elementos, dentre eles, a existência de que o sujeito ativo seja representante do Estado. Deste modo, argumenta, que deverá existir: “un elemento material consistente en las propias acciones que constituyen tortura, la cualificación del sujeto activo como representante del poder del Estado, y un elemento teleológico que exige una determinada finalidad para configurar autónomamente el delito.”⁶⁰

Segundo Muñoz Conde, argumenta Gonzalez Gonzalez::

Sin cuestionar la existencia de definiciones sentimentales o morales de la tortura, lo cierto es que el termino “tortura” há estado vinculado desde su origen al poder público, queriendo

⁵⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 6ª ed. São Paulo: Max Limonad. 2004, p. 75. Cf. Flávia Piovesan

⁵⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. 12ª ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, pág.180. Segundo Francisco Muñoz Conde.

⁶⁰ Ibid., pág.189.

señalar con ello que la cualificación del sujeto activo perpetrador del acto de tortura es una especificación esencial de su tipificación jurídica, de tal modo que, aunque se causen los mismos dolores y sufrimientos y con objetivos similares a los de la tortura, si son infligidos por particulares no pertenecen al tipo internacional de la tortura, si bien nada impide que estén tipificados como delitos penales internos. En este sentido se habla de tortura estatal, institucional, oficial o gubernamental.⁶¹

Em consonância com Piovesan, Muñoz conde y Gonzalez Gonzalez, entendemos que parece mais adequado o conceito internacional, haja vista a necessidade de relacionar o sujeito ativo como representante do poder do Estado.

2.2. Instrumentos de alcance regional.

2.2.1. Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.

O artigo 5 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (Carta de Banjul), de 27 de junho de 1981, determina que: “Todo indivíduo tem direito ao respeito, à dignidade inerente à pessoa humana e ao reconhecimento de sua personalidade jurídica. Todas as formas de exploração e de aviltamento do homem, especialmente a escravidão, o tráfico de escravos, a tortura, as penas e tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, são proibidos”.

2.2.2. Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

⁶¹ GONZALEZ GONAZALES, Rossana. *El control internacional de la prohibición de la tortura*. Granada: Universidad de Granada, 1998, pág.83.

No âmbito regional foi promulgada em 22 de novembro de 1969 a Convenção Americana de Direitos Humanos.

O artigo 5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos determina acerca do direito à integridade pessoal. Dispõe:

“1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

[...]

3. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. [...]”

2.2.3. Convenção Interamericana para prevenir e punir a Tortura.

Esta Convenção subscrita em Cartagena de Índias, na Colômbia, está vigente no âmbito territorial da Organização de Estados Americanos (OEA), desde 29 de março de 1996. Segue o modelo da Convenção da ONU.

O artigo 2 da Convenção Interamericana concebe da seguinte maneira:

“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.”

Seguindo ainda este artigo 2, declara o que não pode ser considerado tortura: “Não estarão compreendidos no conceito de tortura as penas ou sofrimentos físicos ou mentais que sejam unicamente consequência de medidas legais ou inerentes a elas, contanto que não incluam a realização dos atos ou a aplicação dos métodos a que se refere este artigo”.

2.2.4. Carta Árabe dos Direitos Humanos.

Dispõe o artigo 13 da Carta Árabe dos Direitos Humanos:

“a) Os protegerão a toda pessoa em seu território contra a tortura ou os tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes que afetem sua integridade física ou mental. Adotarão medidas eficazes para impedir tais atos e considerarão sua prática ou a participação nesses atos um delito punível.

b) Ninguém será submetido a experiências médicas ou científicas sem o seu livre consentimento.”

2.2.5. Projeto de Convenção Árabe para a prevenção da Tortura e de outros tratos desumanos ou degradantes.

Aprovado em junho de 1989, determina no seu artigo I que a tortura é um crime punido pela lei e imprescritível. Define precisamente a tortura no seu artigo II, 1, dispondo, nestes termos:

“Se entende por tortura, en el espíritu de esta Convención, todo acto intencional que provoca un violento sufrimiento, tanto físico, como psíquico por parte de los agentes o de responsables de la autoridad pública, que tiende a obtener de alguien una confesión o informaciones, o incluso a castigar a un individuo por los actos que há cometido o que esta bajo sospecha de haber

cometido. También se considera como tortura todo acto que tiende a intimidar o a coaccionar de cualquiera que sean las razones.”

O artigo II, 2 declara o que não pode ser considerado tortura. Declarando: “no se considera tortura todo sufrimiento que derive de sanciones legales, o inherentes a éstas, o incluso, que puedan resultar fortuitamente de su aplicación.”

E ainda no artigo III refere aos possíveis sujeitos ativos, apregoando: “es reconocido culpable de tortura – con el mismo título que el que há recurrido a ella – cualquiera que ordene su práctica, la apruebe, o conociéndola la encubra, cuando, debido a sus funciones, podría haberla impedido o hacerla César”.

2.2.6. Convenção Europeia para a prevenção da Tortura.

Trata-se de um Convênio Internacional, datado de 26 de novembro de 1987, em que foi criado um órgão chamado Comitê Europeu para a prevenção da tortura e das penas ou tratos desumanos ou degradantes. Tal órgão é composto por um número de membros igual ao de Estados parte, eleitos entre pessoas de elevada moral e com conhecimentos e experiências no âmbito dos direitos humanos, especialmente, na luta contra a tortura. Estes membros são eleitos pelo Comitê de Ministros do Conselho Europeu.

O objeto principal do Convênio é estabelecer um procedimento não judicial de caráter preventivo, que consiste em visitas feitas por um órgão internacional (Comitê Europeu para a prevenção da tortura e das penas ou tratos desumanos ou degradantes). Tais visitas serão feitas por dois membros do Comitê, que poderão ser auxiliados por especialistas ou intérpretes.

Conforme menciona o artigo 2 deste Convênio, o especial mecanismo de controle é o de visitas, feitas pelo Comitê a todo lugar sob sua jurisdição, onde

existem pessoas privadas de liberdade por uma alguns aspectos. Reflete Grima Lizandra, desta maneira: “Hay algunos aspectos que deben ser objeto de críticas: uno, la necesidad de preaviso, que permite borrar las huellas y vestigios de la infracción (aunque pueda, por ello mismo, mejorar la situación de la víctima); y dos, la confidencialidad sobre el resultado autoridade publica”⁶². Desta forma o Comitê pretende examinar o tratamento dado às pessoas privadas de liberdade para reforçar a proteção contra a tortura.

O artigo 3 determina que para a tarefa supra citada deverá existir uma cooperação entre o Comitê e as autoridades nacionais.

Segundo Grima Lizandra, este Convênio é o instrumento internacional que estabelece o sistema mais intenso de proteção frente à tortura, pois prevê o mais eficaz dos sistemas de prevenção e controle, que é o de visitas. Não obstante, critica “as visitas”, que reduz o efeito dissuasório da medida.”⁶³

3. Aspectos Conceituais.

3.2. O Conceito no Direito Comparado.

Neste tópico serão utilizados critérios descritivos, objetivando uma abordagem conceptual do delito de tortura em alguns países europeus e latino-americanos.

Serão destacados os conceitos na Espanha e no Brasil, tendo em vista que o objeto de estudo deste trabalho consiste em uma constante análise paralela da tortura no âmbito do Direito Espanhol e do Direito Brasileiro.

⁶² GRIMA LIZANDRA, Vicente Grima. *Los delitos de tortura y tratos degradantes por funcionarios públicos*. Valencia: Ed. Tirant lo blanch, 1998, pág. 491.

⁶³ Ibid., pág. 491.

3.1.1. O Conceito na Alemanha.

No código penal alemão não existe configurado o delito de tortura. Contudo, as condutas constitutivas do delito poderão ser enquadradas nos parágrafos 340 e 343, onde estão criminalizadas as condutas constitutivas deste delito.

Deste modo, o parágrafo 340 do Strafgesetzbuch (StGB) castiga como delito contra a função pública, as lesões corporais causadas pelo funcionário público no exercício do seu cargo. A pena consiste em seis meses a cinco anos de prisão, dependendo da lesão produzida, em conformidade com a relação das lesões descritas nos parágrafos 223 a 225. Interpretando este parágrafo observa-se que trata das torturas físicas que resultem em lesão corporal.

Por seu turno, o parágrafo 343 do StGB, ainda enquadrado como delito contra a função pública, determina que será castigada coações para declarar. Ou seja, os maus-tratos, violências físicas ou psíquicas, exercidas pelo funcionário com o fim de obter uma declaração em algum dos seguintes processos: penal, para obter uma custódia, para impor uma multa administrativa, disciplinar, ou ante um Tribunal de honra ou profissional. Nestes casos, a pena prevista será de um à dez anos de prisão. Portanto, neste caso, está incluída a tortura psicológica.

Não obstante, leciona Rodríguez Mesa:

“De lo dispuesto en los parágrafos 340 y 343 del StGB podría entender que el Derecho Penal alemán ofrece una adecuada respuesta penal a los actos constitutivos de tortura. Sin embargo, y respecto de las conductas previstas en el artículo 1 de la CNUT⁶⁴, su incriminación es tan sólo parcial, pues deja sin tipificar los supuestos de tortura

⁶⁴ Convenção da ONU contra a tortura.

psíquica dirigidos a un fin distinto del de obtener una declaración.”⁶⁵

3.1.2. O Conceito na Itália.

No Código penal italiano não existe nenhum preceito que seja diretamente incriminador da tortura. Deste modo, nas hipóteses em que o funcionário público, com abuso de poder, realize alguma das condutas tipificadas como delitos comuns no Código penal, responderá pelo delito comum cometido com a agravante de abuso de autoridade.

Por outro lado, o art. 608 do Código penal italiano castiga com a pena de reclusão até 30 meses, quando o funcionário público impõe uma medida de rigor não consentida pela lei a uma pessoa detida, que está sob sua custódia.

Este delito do art. 608 assemelha-se com o delito do art 533 do Código penal espanhol (el delito de rigor innecesario).⁶⁶

Acerca deste art. 608 do Código penal italiano, entende Barquín Sanz:

[...] el artículo 608 del mismo Código penal, que castiga específicamente los casos en que el funcionario o empleado público abusa de su autoridad para imponer medidas ilegales sobre la persona detenida o arrestada que esté sometida a su custodia. Evidentemente, esta norma no tipifica la tortura ni los tratos inhumanos o degradantes en tanto que tales, puesto que da cabida a toda una serie de supuestos que no entran propiamente dentro de ese ámbito, como revela la frase ‘medidas de rigor no consentidas por la ley’: limitaciones para tener contactos con sus familiares y representantes, limitación de la cantidad de comida y bebida,

⁶⁵ RODRIGUEZ MESA, Maria José. *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*. Granada: Tirant lo blanch, 2000, p. 125.

⁶⁶ O artigo 533 do Código penal espanhol dispõe, nestes termos: “ El funcionario penitenciario o de Centros de protección o corrección de menores que impusiere a los reclusos o internos sanciones o privaciones indebidas, o usare con ellos de un rigor innecesario, sera castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.”

etc., siempre que no alcancen un nivel de gravedad excesivamente alto. Sin embargo, sí que cumple la función de dar cabida a la tortura y los malos tratos en aquellos casos en que no se produce un resultado lesivo.⁶⁷

3.1.3. O Conceito na França.

Conforme ensinamento de Rodriguez Mesa: “En Francia, frente al anterior Código Penal en el que los actos de tortura y de barbarie constituían una circunstancia agravante genérica, el vigente Código Penal há tipificado de forma autónoma entre los delitos contra las personas “los actos de tortura y de barbarie” (art. 222 y ss.)”.

Deste modo, os delitos de tortura estão integrados na parte que trata dos delitos contra a integridade física e psíquica das pessoas.

A regulação dos atos de tortura no Código Penal Francês, colocam de fora do seu âmbito de aplicação as condutas consistentes na dor ou sofrimento psíquico, tendo em vista que os termos dor e sofrimento somente se utilizam para designar um mal de natureza corporal.

Argumenta ainda Rodriguez Mesa: “Aunque en principio es posible castigar por el hecho de someter a una persona a tortura o actos de barbarie sin necesidad de que se cometa outro delito, la ausencia de la definición de los comportamientos típicos, y la imposibilidad de recurrir en este sentido a la CNUT⁶⁸, va a dificultar en gran medida el castigo por torturas cuando éstas no den lugar a outro delito contemplado en el Código”.⁶⁹

⁶⁷ BARQUIN SANZ, Jesus. *Los delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes*. Madrid: Ed. Edersa, 1992, p. 116.

⁶⁸ Convenção da ONU contra a tortura.

⁶⁹ RODRÍGUEZ MESA, María José. *Tortura y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Granada: Comares, 2000, p.126.

3.1.4. O Conceito na Áustria.

O novo Código Penal Austríaco entrou em vigor em 1 de janeiro de 1975, apresentando uma tendência para a humanização dos tipos penais, bem como a garantia de direitos e liberdades fundamentais.

Descreve Barquín Sanz o artigo 312, titulado “trato cruel o negligencia com respecto a un detenido”, da seguinte maneira:

1. El funcionario que inflija sufrimiento crueles de naturaleza física o moral a un detenido o persona que se halle bajo su custodia por cualquier otro motivo en virtud de una decisión de la autoridad y que esté sometida a su potestad o sea accesible en el marco del ejercicio de sus funciones, será castigado a una pena privativa de libertad de dos años como máximo.

[...]

4. La misma pena se aplicará al funcionario que incumpla flagrantemente su deber de asistir o proteger a una persona que se halle en las condiciones expresadas, y ocasione por ello un perjuicio notable, aunque sea por simple negligencia, para la salud y el desarrollo físico o mental de esa persona.

5. Si el hecho tiene como consecuencia una lesión corporal grave, el autor será castigado a una pena privativa de libertad de tres años como máximo; si tiene como consecuencia la muerte de la persona víctima de la lesión, el autor será castigado a una pena privativa de libertad de uno a diez años.”⁷⁰

Pode-se observar que não existe diferença quanto ao tipo de tortura, seja física ou psíquica. Além disso, não existe requisito teleológico, ou seja, o tipo descrito no art. 312 realiza-se independente do funcionário atuar para aclarar um crime, por ódio racial, por vingança privada ou por qualquer outra coisa.

⁷⁰ BARQUIN SANZ, Jesus. *Los delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes*. Madrid: Edersa. 1992, p. 120.

Tipifica-se expressamente a negligência ou omissão de dever dos funcionários de impedir que as pessoas sob sua proteção sejam submetidas à tortura ou à tratamentos desumanos ou degradantes.

Enfim, entende Barquín Sanz: “La presencia de las notas señaladas hacen del tipo descrito en el artículo 312 del Código penal austríaco una opción más adecuada a la naturaleza de la tortura y los tratos inhumanos o degradantes, en nuestra opinión muy superior a la regulación vigente en España e incluso a la prevista en el Código Penal alemán.”⁷¹

3.1.5. O Conceito na Colômbia.

O artigo 279 do Código Penal da Colômbia determina que:

“Aquele que submeter a outro a tortura física ou moral, incorrerá em prisão de 1 a 3 anos, sempre que o fato não constitua delito sancionado com pena maior”.

Por seu turno, o artigo 24 do Decreto n° 180 de 27 de janeiro de 1988, que complementa o Código Penal, estabelece punição nos casos de tortura em atividades terroristas.

3.1.6. O Conceito na Venezuela.

O artigo 182 do Código Penal da Venezuela (1964), dispõe, nestes termos:

“Todo funcionario público encarregado da custódia ou condução de alguma presa ou condenada, que cometa contra ela atos arbitrários ou a submeta a atos não autorizados pelos regulamentos do caso, será castigado com prisão de 15 dias a 20 meses. E na mesma pena incorrerá o funcionario público que investido em

razão de suas funções de autoridade sobre tal pessoa, execute nesta algum dos atos indicados.

Se castigarão com prisão de 3 a 6 anos os sofrimentos, ofensas a dignidade humana, vexames, torturas ou atropelos físicos ou morais cometidos em pessoa presa, por parte de guardas ou carcereiros, ou quem der a ordem de executá-los, em transgressão dos direitos individuais reconhecidos no ordinal 3º do artigo 60 da Constituição.”

3.2. O Conceito na Espanha.

3.2.1. Da Constituição Espanhola.

A Constituição Espanhola de 1978 proclama a existência de um novo Estado democrático e garantidor de direitos e liberdades fundamentais. Desta forma, o artigo 15 determina expressamente a proibição da tortura e de outras penas ou tratamentos desumanos e degradantes. Dispõe o artigo 15, nestes termos: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.”

Vale ressaltar que o artigo 15 da Constituição Espanhola constitui uma reprodução literal do artigo 5 da Declaração Universal de Direitos Humanos, bem como do artigo 3 da Convenção Européia.

Como menciona De la Cuesta Arzamendi, tal declaração prevista no artigo constitucional se apresenta como um instrumento capital para a proteção dos direitos humanos dos cidadãos. E segue acrescentando:

⁷¹ BARQUIN SANZ, Jesus. *Los delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes*. Madrid: Edersa. 1992, p. 121.

Baste indicar, a este respecto, su proyección general derivada de la sujeción de los poderes públicos (y los ciudadanos) a la Constitución (art. 9.1 CE) y, en consecuencia, el efecto de nulidad constitucional que determina sobre todo acto legislativo, ejecutivo o judicial contrario, de un modo directo o indirecto, a los valores de humanidad y dignidad de la persona.⁷²

3.2.2. Do Artigo 174 do Código Penal Espanhol.

Dentre as mudanças ocorridas no Código Penal Espanhol de 1995 pode-se destacar a criação do título VII, nomeado “delitos contra a integridade moral”. Tal fato consiste uma novidade tanto no D. Penal Espanhol quanto no Direito Comparado. Neste sentido ensina Muñoz Sánchez:

Ningún Código penal extranjero ubica el delito de tortura bajo el epígrafe de delitos contra la integridad moral. Los Códigos que regulan de forma expresa el delito de tortura, diferenciándolo de los delitos comunes, suelen incluirlo en la rúbrica de delitos cometidos en la función pública o delitos cometidos com infracción del deber del cargo. Así el Código Penal Alemán tipifica este delito en los parágrafos 340 y 343 del Capítulo XVIII que alude a los “Delitos cometidos en la función pública” y el Código penal austríaco los agrupa en el capítulo XXII “Infracciones punibles del deber del cargo y otras acciones análogas”. La regulación más próxima sistemáticamente la encontramos en el Código penal francés que sitúa la tortura y los actos de barbarie encabezando los “delitos contra la integridad psíquica o física de las personas”. El Código português opta por incluirlos en el capítulo de los “delitos contra la humanidad.”⁷³

Da mesma forma argumenta Quintero Olivares:

⁷² DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. *El delito de tortura*. Barcelona: Bosch, 1990, pág. 73.

⁷³ MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan. *Los delitos contra la integridad moral*. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p.11.

La introducción de un título dedicado a los delitos contra la integridad moral constituye un hecho sin precedentes en el Código español. Por otra parte, en otros Ordenamientos no resulta habitual un apartado cuyo epígrafe se refiera explícitamente al mencionado bien jurídico. Uno de los modelos más cercanos es el del Código Penal Francés, que sitúa en el primer capítulo del apartado dedicado a los atentados contra la integridad física y psíquica de la persona a la tortura y los actos de barbarie. Otro modelo legislativo contemporáneo, el Código Portugués, opta por un tratamiento indiferenciado de la “tortura y otros tratos crueles, degradantes y inhumanos en el capítulo dedicado a los delitos contra la humanidad.”⁷⁴

A tortura é cometida quando se castiga indevidamente ou se força a vontade do cidadão que – como sujeito ou como terceiro – vê-se enfrentado ao poder público em um procedimento investigador e/ou sancionador. A tortura significa considerar ao cidadão como um homem-objeto, nem digno de respeito nem livre para atuar (declarar, informar ou não fazê-lo).

O fato que desvalora a norma consiste em causar sofrimento físico ou mental, ou em suprimir as faculdades de discernimento, conhecimento ou decisão, ou, por último, em atentar contra a integridade moral. Sem embargo, a lei exige que esses resultados se produzam como consequência da submissão da vítima à “condições ou procedimentos”. Somente se algum de aqueles resultados deriva destes meios poderá falar-se de delito de tortura do artigo 174.

Determina o art. 174, nestes termos:

“1. Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, la sometiére a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o

⁷⁴ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Comentários al Nuevo Código Penal*. Valencia: Aranzadi Editorial. 1999, pág. 857.

disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o que de cualquier outro modo atenten contra su integridad moral. El culpable de tortura será castigado com la pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuera grave, y de prisión de uno a tres años si no lo es. Además de las penas señaladas se inpondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación absoluta de ocho a doce años. 2. En las mismas penas incurrirán, repectivamente, la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que cometiére, respecto de detenidos, internos o presos, los actos a que se refiere el apartado anterior.”

3.2. O Conceito no Brasil.

3.2.1. Da Constituição Federal Brasileira.

O Brasil considera como direito fundamental não ser submetido à tortura. Neste sentido dispõe o art. 5, inciso III da Constituição Federal Brasileira: “Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.”

No sentir de Maria Garcia, e citando José Afonso da Silva, constitui um dos direitos fundamentais, porque se trata de situação jurídica sem a qual a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive. Argumenta a autora que a expressão “direitos fundamentais do homem” significa, sobretudo, no sentido de que a todos, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.⁷⁵

A Constituição Federal disciplina este tema também no art. 1º, inciso III, preceituando que a República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. E ainda na Constituição pátria, no

⁷⁵ GARCIA, Maria. *Desobediência civil, direito fundamental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 164.

mesmo art. 5º, inciso XLIII, declara que o delito de tortura deve ser considerado crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

3.2.2. Da Lei 9.455/97.

No ordenamento brasileiro, apenas no ano de 1997 surgiu uma lei tipificando especificamente a tortura. Interpretando esta lei, a tortura é conceituada como o sofrimento ou a dor provocada por maus tratos físicos ou morais. Ou seja, é o ato desumano, que atenta a dignidade humana.

No período anterior à vigência desta lei, a tortura não era punida com rigor, apesar da Constituição Federal considera-la como crime hediondo. Geralmente era enquadrada como crime de lesão corporal dolosa e abuso de autoridade. Outras vezes era enquadrada como meio de execução de outro delito, como agravante ou qualificadora de homicídio, quando a pena era elevada em razão do sofrimento causado, durante a prática do crime. Por seu turno, quando o agente torturava a vítima, causando-lhe apenas lesões leves, não era acusado de crime hediondo, podendo ter direito à transação penal.

De acordo com o art. 1º da Lei 9.455/97, as condutas que constituem crime de tortura são as seguintes:

- “I. constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental, com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa, para provocar ação ou omissão de natureza criminosa, em razão da 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 ou medida de caráter preventivo.
- & 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.

& 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 1 a 4 anos.”

Esta lei será melhor analisada posteriormente no capítulo V deste trabalho.

CAPÍTULO III

O BEM JURÍDICO PROTEGIDO.

1. Considerações prévias.

No âmbito do Direito Internacional, o bem jurídico protegido no caso de delito de tortura consiste na dignidade humana.⁷⁶ Podemos observar claramente esta característica nos diversos textos da legislação internacional, a exemplo da Convenção da ONU de 1984, ao reconhecer que “os direitos expressamente ali reconhecidos emanam da dignidade inerente à pessoa humana”. Da mesma forma, está disposto no preâmbulo da Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura que “constitui uma ofensa à dignidade humana e uma negação dos princípios consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos e na Carta das Nações Unidas, e são violadores dos direitos humanos e liberdades fundamentais”.

No âmbito do Direito Espanhol estabelecer o bem jurídico tutelado no delito de tortura não constitui um tema pacífico.

O legislador do Código Penal Espanhol de 1978, ao prescrever o delito de tortura no seu artigo 204, preserva diversos interesses e valores, seja individuais ou coletivos, tais como a integridade física e moral, a saúde, a vida, a dignidade, a função pública, as garantias constitucionais e processuais.⁷⁷

Argumentando acerca do bem jurídico protegido no delito de tortura, tipificado no artigo 204 bis do antigo Código Penal Espanhol de 1978, menciona De la Cuesta Arzamendi:

⁷⁶ A dignidade humana é um dos pilares básicos na promoção dos direitos humanos.

⁷⁷ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *El tipo penal de tortura en la legislación española, a la luz de la Jurisprudencia nacional e internacional*. Conforme entendimento de Zúñiga Rodríguez.

[...] el bien jurídico protegido por el artículo 204 bis era múltiple y debía identificarse, en primer lugar, con las garantías constitucionales, en particular, con las garantías personales más básicas reconocidas por la Constitución (vida, incolumidad personal, libertad, en cuanto plasmación de los valores constitucionales ‘humanidad’ y ‘dignidade’) de los afectados por las tres vertientes básicas – la policial, la judicial e la penitenciaria – del funcionamiento de la Justicia, también afectada, como la función pública, por los comportamientos delictivos.⁷⁸

Por sua vez, o legislador do Código Penal Espanhol de 1995, ao disciplinar o bem jurídico do delito de tortura no artigo 174, opta pela nomenclatura “integridade moral”, que consiste em uma proteção penal de um direito fundamental reconhecido no artigo 15 da Constituição Espanhola, que é “el derecho al respeto a la integridad y la prohibición de la tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes”.

O legislador da lei brasileira 9.455/97, que disciplina a tortura, não menciona expressamente na aludida legislação acerca do bem jurídico. Entretanto, a doutrina sustenta, de modo consensual, que o bem jurídico protegido é a dignidade humana.

Neste estudo do tema quiçá vale a pena recordar as palavras de De la Mata Barranco e Pérez Machío, que reflexiona sobre o conteúdo da dignidade humana e da integridade moral:

La dignidad humana, debe recordarse, se presenta como una síntesis de la totalidad de las dimensiones físicas o espirituales específicas de la persona, que inspira y fundamenta los derechos inviolables inherentes a la misma. Se configura em tal sentido como um principio regulativo que inspira y fundamenta todos y cada uno de los derechos fundamentales, entre los que se encuentra el de la integridad moral, al que su condición como tal le otorga tanto um

⁷⁸ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. Torturas y otros atentados contra la integridad moral.

especial reconhecimento constitucional como un singular vínculo com la dignidad humana.⁷⁹

Analisaremos abaixo no item dois a dignidade humana e no item três a integridade moral, para posteriormente optar por um posicionamento de qual o bem jurídico protegido no crime de tortura.

2. A Dignidade humana como bem jurídico penalmente protegido.

Atualmente existe uma profunda consciência social universal acerca do respeito à dignidade da pessoa. Conforme observamos no capítulo anterior, este respeito é demonstrado através das diversas legislações nacionais e Declarações Internacionais. Entretanto, segue difícil precisar a conceituação da dignidade, permanecendo de abstrata e difícil apreensão.

De acordo com o Dicionário Aurélio – século XXI, a expressão “dignidade” pode ser conceituada das seguintes formas: a)cargo e antigo tratamento honorífico; b)função, honraria, título ou cargo que confere ao indivíduo uma posição graduada. (ex.: foi elevado à dignidade de reitor); c)autoridade moral, honestidade, honra, respeitabilidade, autoridade (ex.: é pessoa de alta dignidade); d)decência, decoro (ex.: manteve-se em todo o incidente com perfeita dignidade); e)respeito a si mesmo, amor-próprio, brio, pundonor (ex.: empobrecido ao extremo, sabe conservar a dignidade).

A palavra “dignidade” deriva do latim “dignitas”, que significa virtude, honra consideração. Entende-se, em regra, a qualidade moral que, possuída por uma pessoa, serve de base ao próprio respeito em que é tida.⁸⁰ Por sua vez, a palavra

⁷⁹ DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. e PÉREZ MACHÍO, Ana I., El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código Penal, Revista Penal la ley no 15, Madrid, Edita La Ley, enero 2005.

⁸⁰ GARCIA, Maria. *Limites da ciência. A dignidade da pessoa humana. A ética da responsabilidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2004, p. 272. Conforme Maria Garcia

“digno” se origina do latim “dignus”, que significa honesto, probo, nobre, decente, merecedor, aquele que tem méritos.

No Direito Comparado, podemos mencionar que a Constituição Italiana de 1947 determina em seu artigo 2 que: “La República reconoce e garantiza los derechos inviolables del hombre, sea como individuo, sea en las formaciones sociales donde se desenvuelve su personalidad. Y requiere el cumplimiento de los deberes absolutos de solidaridad política, económica y social”. Por sua vez, a Constituição Alemã de 1949 determina em seu artigo 1.1 que: “La dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”. No artigo 2.1 esta mesma Constituição declara que: “Todos tienen derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, siempre que no vulneren los derechos de otros, ni atenden al orden constitucional y a la ley moral”. A Constituição Francesa de 1958 diz que: “El pueblo francés proclama solemnemente su vinculación a los derechos del hombre y a los principios de la soberania nacional; tal como han sido definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946”.⁸¹ A Constituição Espanhola, no art. 10.1, dispõe: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. E por fim, a Constituição Federal Brasileira de 1988 declara no seu art. 1º, inciso III, que a República Federativa do Brasil “tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana”.

A dignidade é um valor intrínseco à condição humana, ou seja, não depende de fatores externos. A dignidade humana reside no fato de que o ser humano é um ser único, insubstituível, dotado de intimidade, inteligência, vontade, liberdade, capacidade de amar e de interagir com os demais. Portanto, algo digno é algo que deve ser sempre respeitado e bem tratado, porque é valioso por si mesmo, e não por sua utilidade para isto ou aquilo.

O reconhecimento da dignidade da pessoa como fundamento do Direito implica em identificar o ser humano com sua condição de pessoa. Desta forma, nos dias de hoje, não existe ser humano que não seja pessoa, como ocorreu nos tempos da escravidão. Tampouco podem existir diferentes classes de pessoa, como acontecia na sociedade feudal. Neste sentido argumenta Joaquín Arce y Flórez-Valdés: “[...] la persona, ante el Derecho, há llegado a dar expresión unívoca a una dignidad que no es susceptible de medida ni de variabilidad, toda persona, por serlo, tiene el mismo coeficiente de dignidad”.⁸²

No sentido de Eusébio Fernández García:

[...] voy a entender la noción de dignidad humana como el valor de cada persona, el respeto mínimo a su condición de ser humano, respeto que impide que su vida o su integridad sea sustituida por otro valor social. Además utilizaré el principio de la dignidad de la persona humana como fuente de los valores de autonomía, seguridad, libertad y igualdad, que son los valores que fundamentan los distintos tipos de derechos humanos.⁸³

Pedro J. Montano entende que:

Dignidad es bondad por sí misma, utilidad, bondad para otra cosa. Es la superioridad o elevación en la bondad y, a su vez, la interioridad o profundidad de semejante realeza. Es la suprema valía interior del sujeto que la ostenta. Es una independencia interior. Es aquella excelencia o encubramiento correlativos a un tal grado de interioridad que permite al sujeto manifestarse como autónomo: que se apoya o sustenta en sí mismo. Es sinónimo de majestad y de realeza.⁸⁴

⁸¹ GARRIDO FALLA, Fernando. *Comentarios a la Constitución*. 3ª ed. amp., Madrid: Civitas. 2001. p. 195.

⁸² ARCE Y FLÓREZ-VADES, Joaquín. *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1990, p.147

⁸³ FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio. *Dignidade Humana y Ciudadanía Cosmopolita*. Madrid: Dykinson. 2001 p.20.

⁸⁴ J. MOTANDO, Pedro. *La dignidad humana como bien jurídico tutelado por el Derecho Penal*. Actualidad Penal 19/5, 11 mayo 1997.

Muguerza afirma:

El ser humano es um sujeto moral, lo que equivale a decir que es um fin em si mismo, y que en esa subjetividad, de la que brotan indisociablemente unidas nuestra autoconciencia y nuestra autodeterminación, es donde, en fin, radica la dignidad humana, esto es, aquello que hace que seamos sujetos y no objetos. Por eso la dignidad personal es la quintaesencia de los derechos humanos: el derecho a ser sujeto de derechos.⁸⁵

Para Díaz Pita⁸⁶ a dignidade humana reside na autonomia moral do indivíduo e na consideração do ser humano como fim em sí mesmo⁸⁷. Para Vives Anton “el hombre há de ser tratado en la totalidad de sus relaciones como sujeto y no como objeto; toda instrumentalización del sujeto de derecho implica un ataque a la esencia misma de la dignidade de la persona”⁸⁸. E para Krielle o homem tem que ser considerado sempre e preferivelmente como sujeito, fundamentada sempre na liberdade. Menciona que “en la medida en que es libre, no se le puede imponer necesariamente su destino por las circunstancias externas, sino que él mismo lo configura.”⁸⁹

Essa liberdade fundamenta-se na sua autonomia, pressupõe que somente o homem pode dirigir-se por se mesmo, de acordo com sua própria meta. Pedro J. Montano explica com muita propriedade:

Los animales, más que moverse son movidos. Por ejemplo, en presencia del agua un perro sediento no tiene otra

⁸⁵ GRIMA LIZANDRA, Vicente. *Los delitos de tortura y tratos degradantes por funcionarios publicos*. Valencia: Tirant lo blanch, 1998, p. 63.

⁸⁶ DÍAZ PITA, Maria del Mar. *El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral*. EPC 1997. Segundo Díaz Pita comentando Garrido Falla “por dignidad humana hay que entender la propia cualidad de ser humano y el respeto a esa cualidad que todos tenemos por el hecho de ser personas. O sea, la superioridad o importancia que se le concede a una persona por el simple hecho de serlo y con independencia de la forma en que se comporte”.

⁸⁷ GRIMA LIZANDRA, Vicente. *Los delitos de tortura y tratos degradantes por funcionarios publicos*. Valencia: Tirant lo blanch, 1998, p. 62.

⁸⁸ Ibid., p. 62.

⁸⁹ Ibid., 62.

opción que la de calmar su sed. Al contrário el hombre hambriento o sediento, puede decidir, por razones de la más diversa índole, aplazar el momento en que esas pulsiones fisiológicas sean satisfechas. Y como algo similar sucede en las distintas circunstancias que configuran su existencia, cabe afirmar que el hombre goza de un cabal dominio sobre los actos que han de conducirlo a sus distintos objetivos. En cierta forma, es su próprio modelador y creador.⁹⁰

Portanto, o homem é digno porque é livre; ou seja, é senhor de suas operações. A liberdade é um índice da inegável grandeza do ser humano. Ademais, o homem é como um diamante ou uma obra de arte, que gozam de valores por se mesmas, porque constituem exemplares únicos em sua espécie. Por isso, a quantidade não conta para nada. Ou seja, a pessoa não pode ser sacrificada contra sua vontade, ainda quando tal sacrifício signifique o bem de muitos, a exemplo do caso da bomba-relógio (terrorismo), em que se cogita a possibilidade de sacrificar um em prol de uma determinada coletividade.

Como menciona Pedro J. Montano: “el ser humano propiamente no tiene un cuerpo, sino que lo es. Su cuerpo goza, participadamente, de la misma dignidad constitutiva que corresponde al alma que es por donde le viene su ser-personal”.⁹¹

Por fim, o reconhecimento da qualidade de pessoa a todo o ser humano e a consagração da dignidade de todas as pessoas, justifica-se no pensamento de Kant. Ou seja, de que o homem tem um fim próprio, diferentemente de todas as coisas. Desta forma, o homem é um “ser de fins”, frente aos seres que lhe rodeia. Ainda neste sentir argumenta González Pérez: “la dignidad de la persona no es superioridad de um hombre sobre outro, sino de todo hombre sobre los seres que carecen de razón”. Neste entendimento, Tomás y Valiente afirma que a dignidade constitui atributo do homem, de todo homem, e de qualquer homem.⁹²

⁹⁰ J. MOTANDO, Pedro. *La dignidad humana como bien jurídico tutelado por el Derecho Penal*. Actualidad Penal 19/5, 11 mayo 1997, p. 140.

⁹¹ Ibid., p. XXII.

Muitas pessoas escreveram acerca da dignidade, mas certamente Kant é quem marca com maior precisão uma definição do que seja esta tão abstrata expressão.

Freqüentemente Kant é mal citado, ou seja, argumentam que Kant diz que os seres humanos são apenas fins e não meios. Na verdade, não é simplesmente isto. Kant quer dizer muito mais. Desta forma, Nas palavras de Kant, o ser humano é fim em si mesmo e não somente meio. Ou seja, todos somos meios para todos, mas o grandioso é que não somos somente meios, somos fins e por isso temos dignidade. Da mesma forma, todos os seres humanos também têm preço, como da mesma forma que somos meios. Contudo, enquanto fins, temos dignidade, que por si mesmo é o que não tem preço. Kant afirma que: “Aquello que constituye la condición para que algo sea fin en sí mismo, eso no tiene meramente valor relativo o precio, sino un valor interno, esto es dignidad”.⁹³

Refletindo o imperativo categórico de Kant, entendemos que todo homem, como fim em si mesmo não pode ser utilizado meramente como um meio e tratado como uma coisa. Desta forma, todo homem detém um valor intrínseco, que é a dignidade.

Todo ser racional, ou seja, todo homem possui um valor que não é relativo, que não pode ser substituído por alguma outra coisa equivalente. Segundo Kant, a dignidade consiste neste valor. A dignidade não tem preço, porque é superior, não permitindo nenhuma equivalência.⁹⁴

⁹² Ibid., p. 148.

⁹³ GRIMA LIZANDRA, Vicente. *Los delitos de tortura y tratos degradantes por funcionarios públicos*. Valencia: Tirant lo blanch, 1998, p. 60.

⁹⁴ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1999, pág. 277. Esta interpretação de Nicola Abbagnano ressalta que a dignidade como princípio da dignidade humana é entendida como a exigência anunciada por Kant como segunda fórmula do imperativo categórico: “Age de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como um fim e nunca unicamente como um meio”. Esse imperativo estabelece que todo homem, aliás, todo ser racional, como fim em si mesmo, possui um valor não relativo (como é, por ex., um preço), mas intrínseco, ou seja, a dignidade. Argumenta Abbagnano que o que tem preço pode ser substituído por alguma outra coisa equivalente; o que é superior a qualquer preço, e por isso não permite nenhuma equivalência, tem dignidade. Entende

Nas palavras de Kant: “El hombre y, en general todo ser racional, existe como fin en sí mismo, no sólo como medio para usos cualesquiera de esta o aquella voluntad; debe en todas sus acciones, no sólo las dirigidas a sí mismo, sino las dirigidas a los demás seres racionales, ser considerado al mismo tiempo como un fin”.⁹⁵

E explicando melhor, Kant continua argumentando:

El valor de todos los objetos que podemos obtener por medio de nuestras acciones es siempre condicionado. Los seres cuya existencia no descansa en nuestra voluntad, sino en la naturaleza, tienen, empero, si son seres irracionales, un valor meramente relativo, como medios, y por eso se llaman cosas; en cambio, los seres racionales llámense personas porque su naturaleza los distingue ya como fines en sí mismos, esto es, como algo que no puede ser usado meramente como medio, y, por tanto, limita en esse sentido todo capricho (y es un objeto del respeto).⁹⁶

Desta forma, argumenta Vicente Grima Lizandra:

Tradicionalmente se dice que la dignidad humana es la categoría predicable de todo hombre por el mero hecho de serlo y que, diferenciándolo del resto de seres y objetos del mundo, significa considerarlo libre y con iguales derechos que los demás seres humanos. La dignidad humana supone considerar al hombre libre, en el sentido de capaz de elección, con voluntad de autodeterminación. Y de outro lado, la dignidad humana también exige la igualdad de derechos de todos los hombres, la proclamación de la existencia de una única categoría de hombres.⁹⁷

ainda que substancialmente, a dignidade de um ser racional consiste no fato de ele não obedecer a nenhuma lei que não seja também instituída por ele mesmo.

⁹⁵ GRIMA LIZANDRA, Vicente. *Los delitos de tortura y tratos degradantes por funcionarios públicos*. Valencia: Tirant lo blanch, 1998, p. 60.

⁹⁶ Ibid., p. 61.

⁹⁷ Ibid., p. 59.

Neste sentido, entendemos que a dignidade consiste no ponto diferencial. Ou seja, a dignidade humana constitui característica da pessoa humana, diferenciando-a dos demais seres vivos e dos objetos.

Neste raciocínio, refletimos: “[...] debemos partir de Kant, que hace descansar la dignidad sobre dos bases: de um lado, en la consideración de que el hombre es un fin en sí mismo, que no puede ser utilizado meramente como un medio y que no debe ser tratado cual una cosa; y de outro lado, en el reconocimiento de la libertad y autonomia del ser humano.”⁹⁸

Assim, participamos do entendimento supra citado de Montando, no sentido de que devemos analisar a dignidade em dois parâmetros: a) o homem é um fim em si mesmo; b) a autonomia é o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda natureza racional.

Enfim, entendemos a dignidade humana não somente como o mais valioso, o que não tem preço, o que exige um respeito imediato, senão também o direito a ter direitos. É neste sentido que também constitui o princípio reitor dos direitos humanos.

Conforme mencionamos alhures não é um tema pacífico no Direito Espanhol a compreensão de qual seria o bem jurídico protegido no crime de tortura. Existe uma divergência doutrinária latente, ainda que o Código Penal Espanhol tipifique esta espécie delituosa no título VII, que menciona expressamente “delitos contra a integridade moral”.

3. A integridade moral como bem jurídico penalmente protegido.

⁹⁸ J. MOTANDO, Pedro. *La dignidad humana como bien juridico tutelado por el Derecho Penal*. Actualidad Penal 19/5, 11 mayo 1997, p.60.

Demasiada complexa a tarefa de conceituar a integridade moral. Como muito bem afirma De la Cuesta Arzamendi:

A la vista de la complejidad e imprecisión del concepto y de estrecha relación com la dignidad – concepto no menos difícil e difuso – y com otros bienes esenciales de la persona ya protegidos por el Código, no es sencilla la tarea de delimitar lo que, desde el prisma penal, deba tenerse por ‘integridad moral’, en cuanto bien jurídico ‘autónomo’: esto es, como ‘categoría conceptual propia’, separada del complejo ‘integridad física e moral y distinta de otros bienes jurídicos tutelados, que – como exige, además, el contenido del art. 177 – pueda verse atacada sin que necesaria y simultáneamente se afecten ‘otros bienes personalísimos’.⁹⁹

O Código Penal Espanhol contém uma referência expressa ao bem jurídico protegido no delito de tortura, que é denominado “integridade moral”. Contudo, esta integridade moral não pode ser vista como algo que é independente da dignidade humana. Quiçá venha bem evocar as palavras de Vicente Grima Lizandra “la integridad moral es una manifestación de la dignidad personal, de la que forma parte”¹⁰⁰.

Seguindo o pensamento de Grima Lizandra, a dignidade humana tem uma dupla dimensão: de um lado significa considerar o cidadão como um sujeito de direitos e não como um mero objeto; e de outro lado, supõe afirmar sua autonomia e capacidade de autodeterminação para o livre desenvolvimento de sua personalidade. Ainda refletindo o entendimento de Lizandra, quando se trata de tortura indagatória, a integridade moral se identifica mais com a segunda dimensão da dignidade. Enquanto que nos casos de tortura punitiva ou com outra finalidade, a integridade moral se identificará mais com a primeira dimensão.

⁹⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. Torturas y otros atentados contra la integridad moral.

Neste sentido, García Morilla considera a integridade moral como “el derecho de la persona a no ser sometida contra su voluntad a tratamientos susceptibles de anular, modificar, o herir su voluntad; ideas, pensamientos o sentimientos”.¹⁰¹ Coincidimos com este autor, entendendo que a ofensa à integridade moral consiste na anulação ou modificação da autonomia e capacidade de autodeterminação.

No sentir de Francisco Muñoz Conde: “la idea que le da autonomía y sirve de base a los delitos que se tipifican en este Título es, por tanto, la integridad moral, entendida como el derecho de la persona a ser tratada conforme a su dignidad, sin ser humillada o vejada, cualquiera que sean las circunstancias en las que se encuentre y la relación que tenga com otras personas”¹⁰².

Muñoz Conde¹⁰³ menciona ainda que:

Esta interpretación del bien jurídico “integridad moral” propuesta por Díaz Pita, pp. 80 s., y seguida en esta obra desde la 11^a ed., es mantenida también por De la Cuesta Arzamendi, 1998, p. 115; Muñoz Sanchez, p. 44; y Barquín Sanz, p. 58; aunque, dadas las dificultades de delimitación, todos estos autores añaden diversos matices. Rodríguez Mesa, Granada 2001, p. 174, en cambio, en lo que se refiere a estos delitos cometidos por funcionarios públicos, hace recaer el acento en la inviolabilidad de conciencia y el respetos a la condición de la persona, aunque admite que estos hechos tienen también carácter humillante.¹⁰⁴

¹⁰⁰ GRIMA LIZANDRA, Vicente. *Los delitos de tortura y tratos degradantes por funcionarios públicos*. Valencia: Tirant lo blanch, 1998, p.65.

¹⁰¹ GRIMA LIZANDRA, Vicente. *Los delitos de tortura y tratos degradantes por funcionarios públicos*. Valencia: Tirant lo blanch, 1998, p. 68.

¹⁰² MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal, parte especial*, 15^a edic., Valencia: Tirant lo blanch, 2004, p.184.

¹⁰³ Ibid., p.184. Argumenta Muñoz Conde que “En lo que se refiere al delito de tortura, el bien jurídico protegido sería el ejercicio correcto y legítimo de la función pública por parte de sus representantes en aras de la defensa de los derechos fundamentales de los particulares protegidos por la Constitución. Esta defensa se ve ampliada, además, por la extensión del tipo de tortura a aquellas conductas atentatorias contra derechos fundamentales que pueden perseguir fines distintos a la obtención de una confesión o a la aplicación de un castigo (tortura indagatória, art. 174), como pueda ser, por ej., la simple causación de humillaciones o un mero ejercicio de sadismo por parte del funcionario (tortura gratuita, art. 175)”

¹⁰⁴ Ibid., p.184.

Argumenta Rodríguez Mesa, citando De la Cuesta:

Del examen de la distinta normativa internacional existente sobre la matéria Bassiouni y De la Cuesta deducen que com la práctica de la tortura pueden resultar afectados distintos intereses o valores configurados en el derecho interno de los Estados con merecedores de tutela penal. Segundo Bassiouni, 'la abolición de la práctica de la tortura es esencial para la preservación de los valores de integridad y fiabilidad de los sistema políticos, y el mínimo orden mundial'. De la Cuesta desde uma óptica más individualista, entiende que la tortura afecta a intereses personales y colectivos: a la libertad, al bienestar personal, a la dignidad y a la administración de justicia. Em todo caso, e independientemente de que existan otros intereses comprometidos, parece indudable que la práctica de la tortura supone ante todo um ataque a la dignidad del individuo concretada em su integridad personal; se trata del ataque más directo a la dignidad humana, sin perjuicio de que además también se vean involucrados otros intereses de ámbito social o colectivo.¹⁰⁵

De la Cuesta entende que o delito de tortura, previsto no at. 174 do Código Penal Espanhol protege além da integridade moral, a função pública e as garantias pessoais mais básicas, reconhecidas pela Constituição, daqueles submetidos pela intervenção dos poderes públicos.¹⁰⁶

Por seu turno, Rodríguez Mesa considera que se trata de um delito pluriofensivo, pois existe um bem jurídico individual (integridade moral) e um bem jurídico coletivo (correto exercício da função pública no desempenho de suas atividades indagatórias, sancionadoras e punitivas).¹⁰⁷

Neste sentido menciona Jesús Barquín Sanz:

¹⁰⁵ RODRÍGUEZ MESA, María José. *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*. Granada: Comares, 2000, p. 50.

¹⁰⁶ BARQUÍN SANZ, Jesús. *Delitos contra la integridad moral*. Barcelona: Bosch, 2001, p. 149.

¹⁰⁷ Ibid., p. 149.

[...] sugiere que en los delitos de tortura hay en juego una variedad de intereses y valores, pues al bien jurídico individual identificado como integridad moral añade el contenido lesivo que para conceptos colectivos dignos de protección como la función pública, las garantías procesales o las garantías constitucionales se desprendería de las circunstancias típicas del tipo especial. De acuerdo con estas consideraciones, se trataría de un delito pluriofensivo.¹⁰⁸

Díaz Pita afirma que: “Los derechos fundamentales de los ciudadanos se erigen así en el bien jurídico protegido en los arts. 174 y 175, sin que ello signifique el abandono de la estructura del tipo de tortura como delito especial. [...] pero sin perder de vista el hecho de que el delito de tortura es un delito propio de funcionarios”.¹⁰⁹

Entendemos que o bem jurídico protegido no delito de tortura consiste na integridade moral. Contudo, esta integridade moral que é um direito fundamental previsto no art. 15 da Constituição Espanhola, nada mais é do que uma das expressões da dignidade humana. Neste sentido, Díaz Pita reflete: “[...]la integridad moral, como derecho fundamental, vendría a ser una de las expresiones de la dignidad humana, en el sentido de la posibilidad de configurar, de forma voluntaria, los pensamientos, las ideas o los sentimientos sin que nadie pueda alterar dicha configuración utilizando métodos o procedimientos contrarios a esa voluntad, entre los cuales, como forma más grave, podríamos incluir la tortura u otros tratos inhumanos y degradantes”.¹¹⁰

Para entendermos melhor o que seja a integridade moral, ficamos com o conceito de Barquín Sanz: “Una concreción más plausible puede alcanzarse por vía negativa: la integridad moral se ve afectada cuando la persona es objeto de

¹⁰⁸ BARQUÍN SANZ, Jesús. *Delitos contra la integridad moral*. Barcelona: Bosch, 2001, p. 147.

¹⁰⁹ DÍAZ PITA, María del Mar. *El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral*. EPC 1997.

¹¹⁰ DÍAZ PITA, María del Mar. *El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral*. EPC 1997.

humillación, de vejación, de envilecimiento, lo que puede suceder tanto de forma conjunta com el atentado contra otros valores, como de forma independiente".¹¹¹

Vislumbramos que ao ofender a integridade moral com torturas também estará sendo agredido diversos direitos fundamentais. Neste sentir, menciona Zúñiga Rodríguez:

[...] al atentar contra la integridad moral con torturas o tratos inhumanos o degradantes, se está afectando diversos aspectos de los derechos fundamentales de la persona: el derecho a la seguridad, a la libertad ambulatoria, a la libertad de conciencia, a no ser discriminado por cualquier razón (recordemos cómo las torturas siempre suponen un trato discriminatorio contra el otro), em suma, negando la esencia del hombre que es su libertad y el respecto a su dignidad personal. Por eso atentar contra la integridad moral consiste en inflingir padecimientos físicos o psíquicos graves y vejatorios. Así, la integridad moral se configura como un bien jurídico que dota de autonomia a estos delitos que se tipificam en este título VII, entendido como el derecho de la persona a ser tratada conforme a su dignidad, sin ser humillada o vejada, cualquiera sean las circunstancias en las que se encuentre y la relación que tenga con otras personas.¹¹²

CAPÍTULO IV

O SUJEITO ATIVO DO DELITO DE TORTURA

*"El torturador es un funcionario. El dictador es un funcionario.
Burócratas armados que pierden su empleo si no cumplen con eficacia su tarea.
Eso y nada más que eso. No son monstruos extraordinarios.*

¹¹¹ BARQUÍN SANZ, Jesus. *Delitos contra la integridad moral*. Barcelona: Bosch, 2001, p.58.

¹¹² ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *El tipo penal de tortura en la legislación española, a la luz de la Jurisprudencia nacional e internacional*. Conforme entendimiento de Zúñiga Rodríguez.

No vamos a regalarle esa grandeza."
Eduardo Galeano.

1. Considerações prévias.

Apenas para ilustrar a pessoa do sujeito ativo, vale lembrar o texto de Franz Kafka titulado "Diante da lei". Nesta narração o autor descreve o fato ocorrido em que um homem do campo chega até o porteiro para "entrar na lei". O porteiro constitui o "guardião da lei" e por anos e anos impede a entrada deste homem. No final do texto, o porteiro percebe que o homem já está no fim, e para ainda alcançar sua audição em declínio, berra na frente da porta da lei: " - Aqui ninguém mais podia ser admitido, pois esta entrada estava destinada só a você. Agora eu vou embora e fecho-a".¹¹³

¹¹³ KAFKA, Franz. *Um médico rural (pequenas normativas). O Guardião da lei*. Trad. De Modesto Carone. São Paulo: Companhia das letras, 1999, p. 27.

Diante da lei está um porteiro. Um homem do campo chega a esse porteiro e pede para entrar na lei. Mas o porteiro diz que agora não pode permitir-lhe a entrada. O homem do campo reflete e depois pergunta se então não pode entrar mais tarde.

- É possível – diz o porteiro – Mas agora não.

Uma vez que a porta da lei continua como sempre aberta e o porteiro se põe de lado o homem se inclina para olhar o interior através da porta. Quando nota isso o porteiro ri e diz:

- Se o atrai tanto, tente entrar apesar da minha proibição. Mas veja bem: eu sou poderoso. E sou apenas o último dos porteiros. De sala para sala porém existem porteiros cada um mais poderoso que o outro. Nem mesmo eu posso suportar a simples visão do terceiro.

O homem do campo não esperava tais dificuldades: a lei deve ser acessível a todos e a qualquer hora, pensa ele; agora, no entanto, ao examinar mais de perto o porteiro, com o seu casaco de pele, o grande nariz pontudo, a longa barba tártara, rala e preta, ele decide que é melhor aguardar até receber a permissão de entrada. O porteiro lhe dá um banquinho e deixa-o sentar-se ao lado da porta. Ali fica sentado dias e anos. Ele faz muitas tentativas para ser admitido e cansa o porteiro com os seus pedidos. Às vezes o porteiro submete o homem a pequenos interrogatórios, pergunta-lhe a respeito da sua terra natal e de muitas outras coisas, mas são perguntas indiferentes, como as que os grandes senhores fazem, e para concluir repete-lhe sempre que ainda não pode deixá-lo entrar. O homem, que havia se equipado com muitas coisas para a viagem, emprega tudo, por mais valioso que seja, para subornar o porteiro. Com efeito, este aceita tudo, mas sempre dizendo:

- Eu só aceito para você não julgar que deixou de fazer alguma coisa.

Durante todos esses anos o homem observa o porteiro quase sem interrupção. Esquece os outros porteiros e este primeiro parece-lhe o único obstáculo para a entrada na lei. Nos primeiros anos amaldiçoa em voz alta e desconsiderada o acaso infeliz; mais tarde, quando envelhece, apenas resmunga consigo mesmo. Torna-se infantil e uma vez que, por estudar o porteiro anos a fio, ficou conhecendo até as pulgas da sua gola de pele, pede a estas que o ajudem a fazê-lo mudar de opinião. Finalmente sua vista enfraquece e ele não sabe se de fato está ficando mais escuro em torno ou se apenas os olhos o enganam. Não obstante reconhece agora no escuro um brilho que irrompe inextinguível da porta da lei. Mas já não tem mais muito tempo de vida. Antes de morrer todas as experiências daquele tempo convergem na sua

Na maioria dos textos de Kafka aparece uma mescla de ironia e lucidez. Neste texto observa-se uma relação entre: a) a função do guardião da lei; e b) a impossibilidade de ter acesso à lei. Ou seja, qual a função do guardião? É óbvio que é proteger a lei. No entanto, como fazê-lo? Impedindo o homem de ter acesso a ela?

Esse discurso é pertinente na medida em que analisamos qual a função do agente público e seu corolário. Se partirmos da premissa de que a função do agente público é proteger a lei, deve somente proteger a lei utilizando meios legais no desempenho desta função. De outro modo, a função do guardião passa a ser a mesma descrita no texto de Kafka. Ou seja, se utiliza meios ilegais, está impedindo à humanidade de “ter acesso à lei”. Inclusive o próprio guardião quando usa tais meios ilegais não faz uso da lei, e, por conseguinte, não tem acesso a ela.

Partindo do texto de Kafka, defendemos que nos países democráticos, onde predomina o estado de direito, deve imperar o respeito aos direitos fundamentais, tendo como base o princípio da dignidade humana¹¹⁴. Neste sentir reflete Diáz Pita:

[...] es precisamente en el contexto de um país democrático, en el que en principio, la actuación de las autoridades están sometida al imperio de la Ley, donde con más escrupulosidad deben ser tratados y respetados los derechos fundamentales de los ciudadanos, siendo indiferente que éstos pertenezcan o no a un grupo terrorista, por mucho que sus atentados nos produzcan un sentimiento de repulsa que en ningún caso, debe conceder al Estado y a

cabeça para uma pergunta que até então não havia feito ao porteiro. Faz-lhe um aceno para que se aproxime, pois não pode mais endireitar o corpo enrijecido. O porteiro precisa curvar-se profundamente até ele, já que a diferença de altura mudou muito em detrimento do homem:

- O que é que você ainda quer saber? – pergunta o porteiro. – Você é insaciável.
- Todos aspiram à lei - diz o homem. – Como se explica que em tantos anos ninguém além de mim pediu para entrar?

O porteiro percebe que o homem já está no fim e para ainda alcançar sua audição em declínio ele berra:

- Aqui ninguém mais podia ser admitido, pois esta entrada estava destinada só a você. Agora eu vou embora e fecho-a.

¹¹⁴ Ainda que alguns países democráticos, à exemplo da Espanha, sofra as mazelas do terrorismo.

sus representantes, carta blanca pra la comisión de hechos delictivos.¹¹⁵

Díaz Pita analisa a diferença entre o “terrorismo de estado” e a “luta antiterrorista”. Esclarece que o primeiro caso ocorre nos países com regime totalitário e o segundo caso existe nos países com regime democrático que sofrem problemas de terrorismo.

Explica a autora supra citada:

Por terrorismo de Estado se entienden las prácticas, constitutivas de tortura, que el aparato estatal utiliza pra el mentenimiento de la afección al régimen y para la obtención de información, sobre todo de miembros de grupos de resistencia. La lucha antiterrorista, por su parte, presenta dos caras: una, la investigación, dentro de la legalidad, de grupos terroristas y de sus actividades y otra, más siniestra, de actividades, llevadas normalmente a cabo por miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, demasiados lejos de la cobertura legal que um Estado democrático de derecho impone.¹¹⁶

Vamos partir da premissa de que no Brasil vivemos uma democracia que não sofre problemas de terrorismo. Portanto, vislumbramos no Brasil, que o torturador, personificado pelo guardião da lei, em um Estado Democrático de Direito, não permite o acesso à lei e, por consequência, exerce uma falsa proteção da legalidade.

Por seu turno, na Espanha vivenciamos uma democracia que sofre as moléstias do terrorismo. Díaz Pita alerta que nestes casos de países que vivem a luta antiterrorista, às vezes, existe uma justificação política em virtude da desestabilização política e seqüelas de morte, lesões e danos que os atentados destes grupos deixam como rastro. E o pior é que esta justificação inclusive tem

¹¹⁵ DÍAZ PITA, Maria del Mar. *El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral*. EPC 1997.

¹¹⁶ DÍAZ PITA, Maria del Mar. *El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral*. EPC 1997.

refletido em uma amplitude das exigências para considerar uma conduta como constitutiva de tortura.

Díaz Pita continua mencionando a postura sustentada por Sudre, na interpretação de determinadas decisões da comissão Européia e do Tribunal de Direitos Humanos. Sudre defende que a determinação da gravidade de certos tratamentos que as autoridades dispensam a pessoas pertencentes a bandas terroristas, deve ter em conta o chamado “critério do contexto socio-político” para uma “apreciação relativa do limite de intensidade” do que deve ser ou não considerado como tortura (partindo do artigo 3 do convênio Europeu para a proteção de direitos humanos e liberdades fundamentais, onde expressamente proíbe esta prática).

Maqueda descreve que esta “apreciação relativa” baseada no “critério do contexto socio-político” significa que:

[...] de un lado, como es obvio, permite hacer descender o elevar el limite de franqueamiento del artículo 3 en función de la gravedad, esta vez, de la amenaza que pesa sobre el cuerpo social: cuanto menos perceptible sea esta amenaza, menos elevado será el limite mínimo de sufrimiento requerido y más fácil será la calificación de tratamiento del art. 3; e inversamente, cuanto más gravemente amenazada (por el terrorismo u otros factores de desestabilización) se vea la sociedad democrática en cuestión, más crecerán los limites de intensidad exigidos por el art. 3, así como la tolerancia hacia la violación de los derechos humanos implicados.¹¹⁷

Díaz Pita alerta que nestes casos parece que se trata simplesmente de uma justificação do uso da tortura nos países com problemas graves de terrorismo. Neste sentir, concordamos plenamente com a autora.

¹¹⁷ DÍAZ PITA, Maria del Mar. El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral. EPC 1997.

Fazendo uma análise dos países de regime democrático, especialmente, do Brasil, percebemos também a importância de outra questão: a formação do agente público. E para isso mencionamos o que muito apropriadamente afirmou Muñoz Conde: “El problema de la tortura no es, desde luego, ni siquiera primordialmente, un problema de leyes, sino de sensibilidad y de formación de las personas encargadas de aplicar esas leyes”.¹¹⁸

Mister ressaltar que no Brasil, diferentemente da Espanha, constitui sujeito ativo do delito de tortura tanto o particular quanto o funcionário público. Por seu turno, na Espanha, trata-se de um delito especial em sentido próprio, que somente pode ser cometido por autoridades e funcionários públicos¹¹⁹. Na Espanha¹²⁰, serão sujeitos ativos: os fiscais do Ministério Público, os juízes, a polícia, e outros funcionários.

Coincidimos com o pensamento de Barquín Sanz, no sentido de que o exercício desta função pública representa uma confiança depositada por parte dos cidadãos, que devem ser protegidos. Deste modo, todas as vezes que ocorre um delito de tortura por parte do funcionário público ocorre um abuso desta confiança. Argumenta o autor: “[...] sino con el abuso de la confianza depositada por la sociedad, la cual, a la vez que confiere una singular posición de poder al funcionario en determinados contextos, le impone particulares deberes de cuidado en la utilización de ese poder, así como lo coloca en posición de garante con

¹¹⁸ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Derecho Penal, parte especial*, 15ª ed., Valencia: Tirant lo blanch, 2004, p.190.

¹¹⁹ O conceito de autoridade está previsto no art. 24 do Código Penal Espanhol, que dispõe: “A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí sólo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal”. O conceito de funcionário público, por sua vez, está previsto no art. 24.2 do Código Penal Espanhol que determina: “Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”.

¹²⁰ Normalmente são membros das Forças e Corpos de Segurança, Polícia, Juízes e Fiscais do Ministério Público. Estas pessoas são as encarregadas de investigar e interrogar aos presumidos autores de um delito.

respecto a la integridad moral de los ciudadanos, sobre todo los que se encuentren bajo su poder de hecho”.¹²¹

No Brasil, predominantemente, os atos de tortura são concretizados através da atuação das forças de segurança pública, que repetidamente são acusadas de violar os direitos das pessoas. Vejamos o que menciona o Relatório da visita ao Brasil da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA:

A Comissão por anos vem sendo informada por órgãos governamentais, pela imprensa e por organizações não-governamentais da atuação violenta das polícias estaduais, especialmente da militar, acusada de atuar violentamente tanto no exercício de suas funções como fora dele. Um argumento comumente usado pelas polícias “militares” sobre as acusações que lhes são feitas sobre as múltiplas mortes que ocasionam é que estas são ocasionadas em legítima defesa ou no estrito cumprimento do dever. Embora seja certo que em muitos estados há um clima de violência delinqüente, há provas de que a reação da polícia não só excede os limites do legal e regulamentar mas, em muitos casos, os funcionários policiais usam de seu poder, organização e armamento para atividades ilegais. A Comissão, quer ao mesmo tempo, salientar que o Governo Federal e alguns governos estaduais se empenham em corrigir esses excessos e violações, em geral por iniciativa de organizações da sociedade civil e com o apoio delas.¹²²

Falar de violência policial significa refletir a razão da existência de tantas mazelas nas instituições de segurança pública. Sobretudo, ressaltar a importância dos mandamentos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que constitui

¹²¹ BARQUÍN SANZ, Jesús. Delitos contra la integridad moral. Barcelona: Bosch. 2001, p.160.

¹²² Relatório da visitação ao Brasil da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA (Organização dos Estados Americanos). A Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi criada em 1959, com a função de promover a observância e a proteção dos direitos humanos na América. Compete à Comissão fazer recomendações aos governos dos Estados-partes, prevendo a adoção de medidas adequadas à proteção desses direitos; preparar estudos e relatórios que se mostrem necessários; solicitar aos governos informações relativas às medidas por eles adotadas concernentes à efetiva aplicação da Convenção; e submeter um relatório anual à Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos. Sobre a Comissão Interamericana, ver Flávia Piovesan, Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, 2002, p. 233-240.

fonte para o Direito Internacional e expressão das aspirações da humanidade¹²³. Deste modo, lembramos o preâmbulo da Declaração. Determina, nestes termos:

O ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos [...]¹²⁴

Refletindo o conteúdo do preâmbulo da Declaração, ressalto aqui a importância do ensino e da educação dos agentes públicos brasileiros. Como propôs o congresso da ONU no ano de 1990, é necessária a promoção de seminários e cursos de capacitação, nos níveis nacional e regional, sobre a aplicação da lei, para que os policiais sejam informados do que representam dentro de um quadro legal e como devem agir para que se faça a correta aplicação da lei. Ou seja, insistir no compromisso de atuação segundo a lei.

Deve-se dar uma maior relevância à necessidade de priorização da formação do policial, porque sua “circunstância” é muito favorável a desumanização e suas conseqüências. E partindo da premissa de Ortega y Gasset “yo soy yo y mi circunstância”, desenvolvemos uma reflexão. Até que ponto este agente público é sujeito ativo do delito de tortura? Até que ponto é vítima de algum tipo de manipulação, de uma espécie de adestramento? Até que ponto é vítima da ausência de formação ou da má formação? Parece que existem dois tipos de policiais, o policial pré-constituído “marginal”, autor de delitos, que deve ser exonerado do cargo; e o policial em formação, que ingressa no quadro de servidores e procura adequar-se ao sistema (da ilegalidade ou da legalidade). Este segundo deve ser continuamente orientado. Este segundo, vitimizado pela sua “circunstância policial”, poderá metamorfosear-se paulatinamente para o primeiro tipo de policial. A metamorfose referida consiste em transformar o agente

¹²³ Conforme Manual da Anistia Internacional de 2003.

público garantidor de direitos em violador de direitos, transformando o homem em bicho. Ou seja, alude à sua circunstância e sua desumanização.

Neste diapasão entende Grima Lizandra, quando diz o que necessita para ser um torturador. Deste modo, raciocina este autor: “¿Qué se necesita para llegar a serlo? En primer lugar, poder efectivo sobre detenidos y presos; e en segundo lugar, un especial adoctrinamiento técnico e ideológico. En muchas ocasiones, no basta con elegir a determinadas personas com esa predisposición, és necesario, además, adiestrarlas.”¹²⁵

Apenas para ilustrar, mister ressaltar o fato ocorrido durante treinamento na Base Aérea do Brasil. Narra da seguinte forma:

Na primeira quinzena de abril de 1997, foi veiculado no Programa Opinião Nacional da TV Cultura, um vídeo trazendo o treinamento de recrutas na Base Aérea de Santa Maria no Rio Grande do Sul (Brasil). O conteúdo deste vídeo consistia: Um grupo de recrutas sob o comando de um superior faz o treinamento diário no interior do quartel. Garantindo o ritmo e a cadência do exercício, o conjunto de recrutas canta em alta voz uma marchinha que parece revigorar-lhes o ânimo individual e coletivo. Repetindo ininterruptamente a estrofe musical embalada pela cadência da marcha que envolve a todos, cantam: “Torturar é muito fácil de fazer, pega o inimigo e maltrata até morrer.” A cadência da marcha, o som da música, o treinamento em que se encontram produz objetivamente uma situação paradigmática na qual o “ensino-aprendizagem” é realizado através de um ritual onde o exercício físico e o condicionamento emocional são partes integrantes e complementares dessa situação.¹²⁶

¹²⁴ Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

¹²⁵ GRIMA LIZANDRA, Vicente. *Los delitos de tortura y tratos degradantes por funcionarios públicos*. Valencia: Tirant lo blanch. 1998, p. 80.

¹²⁶ PIETROCOLLA, Luci Gati. *Torturar é fácil, o difícil é justificar*. São Paulo: Boletim IBCCrim, 1997.

Enfim, entendemos que o problema da tortura passa pela má formação ou ausência de formação dos agentes públicos. Pensamos que formar “guardiões da lei” é educar, constantemente, para a promoção dos direitos e das liberdades.¹²⁷

2. O sujeito ativo no Direito Espanhol.

No Direito Espanhol existe um consenso acerca da necessidade de que o sujeito ativo do delito de tortura seja uma autoridade pública. Segundo Rossana Gonzáles:

Todos los juristas y los historiadores hallan un elemento común en la tortura: es un tormento infligido por una autoridad pública con fines ostensiblemente públicos. La historia semántica de la palabra tortura posee invariablemente una dimensión pública. Así, la tortura es algo que una autoridad pública hace o permite.¹²⁸

No sentir de Muñoz Conde: “[...] el tipo del 174 exige, efectivamente, que el sujeto activo sea ‘autoridad o funcionario público’ (párrafo 1) o bien ‘autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores’ (párrafo 2)”.¹²⁹

Segundo Muñoz Conde, também entende Grima Lizandra, que é necessário que o sujeito ativo, seja representante do Estado:

Poder absoluto que adquiere carices todavía más intensos si tiene en cuenta, como hemos dicho, que la víctima, en

¹²⁷ Entendemos que educar agentes públicos é, sobretudo, valorizá-los. Neste sentido reflexiona a Professora Doutora Maria Garcia, catedrática de Derecho Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil), em aula ministrada no curso de Mestrado e Doutorado em Direito: “Reciclar funcionários para que sejam melhores parafusos na máquina estatal”.

¹²⁸ GONZALEZ GONZALES, Rossana. *El control internacional de la prohibición de la tortura*. Granada: Ed. Universidad de Granada, 1998, p.82.

¹²⁹ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Derecho Penal, parte especial*, 15ª edic., Valencia: Tirant lo blanch, 2004, p.195.

cuanto ciudadano, se enfrenta al torturador no sólo en cuanto persona, sino en cuanto funcionario del Estado. Tras el torturador, la víctima siente todo el peso del poder represivo del Estado. En la tortura, se aprecia, talvez con el máximo rigor, la sempiterna tensión entre el individuo y el Estado, entre los derechos del ciudadano y los poderes (potencialmente ilimitados) del Estado.¹³⁰

Díaz Pita argumenta que: “[...] el círculo de sujetos activos se reduce, al ser éste un delito especial, a los funcionarios, en concreto, a jueces, fiscales y policías, que son los encargados de llevar a cabo la investigación”.¹³¹

2.1. O conceito de autoridade ou funcionário público.

Como definimos em páginas anteriores, no Direito Espanhol os delitos de tortura são delitos especiais em sentido próprio, ou seja, exige-se que o sujeito ativo seja autoridade ou funcionário público. Deste modo, o conceito de autoridade ou funcionário público está disposto no artigo 24 do Código Penal, que dispõe, nestes termos:

“A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal”.

“Se considerará funcionário público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe em el ejercicio de funciones públicas”.

¹³⁰ GRIMA LIZANDRA, Vicente. Los delitos de tortura y tratos degradantes por funcionarios públicos. Valencia: Tirant lo blanch. 1998, p. 55.

¹³¹ DÍAZ PITA, Maria del Mar. El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral. EPC 1997.

O conceito penal de funcionário público é diferente do conceito administrativo. Desta forma, na conceituação penal não se exige que seja devidamente incorporado no cargo público, nem a sua permanência. Conforme preceitua Vicente Grima Lizandra:

“El concepto penal de funcionario público es autónomo del concepto administrativo. Como indica Cobo del Rosal, en ambos conceptos se exige la ejecución o participación en la función pública; sin embargo, en el concepto penal (a diferencia de lo que ocurre en el administrativo) no se exigen las notas de incorporación (sino mera participación) ni de permanencia”.¹³²

Por sua vez, o conceito de autoridade, previsto no parágrafo primeiro do art. 24 do código Penal, é uma espécie do gênero funcionário público. Desta maneira, ensina Vicente Grima Lizandra, “el ejercicio de mando o jurisdicción es el núcleo del concepto de Autoridad”.¹³³ E complementa este mesmo autor: “La nota de mando introducida por la reforma de 1944, hace referencia a la capacidad de coerción jurídica, como potestad de reclamar obediencia constituída por el poder directivo disciplinario del superior de cada servicio administrativo sobre sus subordinados. En cambio, la jurisdicción es la capacidad o potestad de resolución de los asuntos sometidos a la consideración del funcionario público que implique la aplicación del Derecho Objetivo, y ello tanto sea en el ámbito administrativo como en el judicial.”¹³⁴

Mister ressaltar que o conceito de funcionário público exige uma dupla comprovação, que é saber se as funções em cujo exercício se participa são públicas; e saber se esta participação é por algum dos três títulos que é indicado. Desta forma, partindo da classificação de Grima Lizandra, podemos dividir:

¹³² GRIMA LIZANDRA, Vicente. Los delitos de tortura y tratos degradantes por funcionarios públicos. Valencia: Tirant lo blanch, 1998, p. 82.

¹³³ Ibid., p. 89.

¹³⁴ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *La tortura Judicial em Espana*. Barcelona: Crítica, 2000, p.209, p. 89.

a) "Participación en el ejercicio de la función pública"

b) "Título de participación en el ejercicio de la función pública".

- "Por disposición inmediata de la ley".
- "Por elección".
- "Por nombramiento de autoridad competente".

De acordo com o item a, a "participación en el ejercicio de la función pública", deve ser entendido o significado de função pública, de acordo com três requisitos: subjetivo (que se trate de uma atividade levada a cabo por um agente público), objetivo (que a atividade seja realizada mediante atos submetidos a Direito Público), e teleológico (que a atividade persiga fins públicos).

Por seu turno, de acordo com o item b, o "título de participación en el ejercicio de la función pública", pode ocorrer por: "disposición inmediata de la ley", "por elección", "por nombramiento de autoridad competente".

Deste modo, o "título de participación en el ejercicio de la función pública por disposición inmediata de la ley" significa atribuição por parte da lei, expressa ou tacitamente, da condição de funcionário público para efeitos penais.

Seguindo esta explicação, o "título de participación en el ejercicio de la función pública por elección", contido no artigo 24 do Código Penal Espanhol, deve ser interpretado como equivalente à participação em eleição popular (mediante o exercício pelos cidadãos do direito de sufrágio universal), bem como a eleição indireta (por exemplo, alcades, diputados provinciales, senadores en representación de las comunidades autónomas, etc.).

Por fim, o "título de participación en el ejercicio de la función pública por nombramiento de autoridad competente", deve obedecer ao princípio da legalidade. Ou seja, o "nombramiento" deve estar fundado em uma lei que habilite a autoridade, dando competência para realizá-lo. Deste modo, não podem ser

considerados funcionários públicos para efeitos penais aqueles que são nomeados por uma autoridade, que está habilitada simplesmente por uma norma regulamentária.

Mister ressaltar a questão do “funcionario de hecho”, que podem ocorrer em duas situações: a) o particular que por própria iniciativa assume o exercício de participação no exercício de funções públicas, sem que tenha o requisito do título de participação nas mesmas; b) o particular que por erro (provocado ou não, fraudulento ou não) é eleito ou nomeado funcionario público, carecendo das condições ou requisitos exigidos pela lei para dita eleição ou nomeação.

Neste segundo caso, seguimos Muñoz Conde, entendendo que enquanto o erro não for sanado, e anulada ou revogada a nomeação ou eleição, deverá ser considerado funcionario público para efeitos penais.

2.2. Espécies de autoridade ou funcionario público.

Segundo Vicente Grima Lizandra o Código Penal Espanhol produziu duas importantes ampliações referentes à tortura indagatória, em relação ao Código Penal de 1973. Menciona este autor:

[...] de un lado, el delito se puede cometer em cualquier clase de proceso judicial en el que haya que obtener confesión o información de una persona, por lo que ya no se limita al proceso penal; y de outro lado, se puede cometer en cualquier procedimiento público administrativo investigador o sancionador en el que se pueda obtener confesión o información de una persona, por lo que ya no se limita a las investigaciones policiales.¹³⁵

¹³⁵ GRIMA LIZANDRA, Vicente. Los delitos de tortura y tratos degradantes por funcionarios públicos. Valencia: Tirant lo blanch, 1998, p. 92.

Neste mesmo entendimento argumenta Díaz Pita, referindo-se a ampliação dos sujeitos ativos no delito de tortura, analisando o art. 204 do antigo Código Penal de 1973 e o atual artículo 174 do Código Penal de 1995.

[...] El delito de tortura, como delito especial, sólo podía configurarse, pues, como una conducta llevada a cabo exclusivamente por funcionarios, bien en el ámbito del desarrollo de una investigación policial o judicial, bien en el ámbito de la administración penitenciaria. [...] La regulación que nos ofrece el recién estrenado Código penal experimenta, por una parte, un desdoblamiento de conductas y, por otro, la ampliación de lo que se puede entender por tortura en sentido estricto. Este desdoblamiento al que hacemos referencia consiste en la disitinción entre tortura como delito especial cometido por funcionario y atentado contra la integridad moral como delito común, cuyo sujeto ativo puede ser, como de todos es sabido, cualquiera. En cuanto a la ampliación respecto de la tortura en sentido estricto ésta se manifiesta en la desaparición de la expresión ‘en el curso de una investigación’ para dar paso a un mayor número de situaciones en las que un ciudadano puede encontrarse en manos o a merced del funcionario, es decir, en un estado de dependencia de hecho entre ambos.¹³⁶

Estudando o texto de Grima Lizandra, podemos perceber que poderão ser considerados sujeitos ativos da tortura indagatória¹³⁷:

- “Los jueces, de cualquier jurisdicción, com competências para obtener confesión o información de uma persona”;
- “Los miembros del Ministério Fiscal”;
- “La Policía, cuando actúa no solo em relación con la investigación de delitos, sino también en cualquier outro procedimiento público administrativo o sancionador en que la tenga encomendadas facultades investigadoras”.

¹³⁶ DÍAZ PITA, Maria Del Mar. *El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral*. Estudios Penales y Criminológicos. 1997.

¹³⁷ GRIMA LIZANDRA, Vicente. Los delitos de tortura y tratos degradantes por funcionarios públicos. Valencia: Tirant lo blanch, 1998, p. 92. Segundo a classificação de Grima Lizandra.

- “Cualquier outro funcionário público (no policial, ni judicial, ni fiscal) que tenga competências para obtener confesión o información de una persona en el seno de cualquier procedimiento administrativo público investigador o sancionador, y ello tanto si esa persona es un ciudadano particular como otro funcionário”.

2.2.1. “El Ministerio Fiscal”.

Segundo o artigo 24 do Código Penal, “se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal. Portanto, também ostenta competências na investigação penal.

O artículo 5-2º do “Estatuto Orgánico del ministerio Fiscal, de 30 de diciembre de 1981”, determina que:

“Para el esclarecimiento de los hechos denunciados o que aparezcan en los atestados de los que conozca, puede llevar a cabo y ordenar aquellas diligencias para las que este legitimado según la L.E. Criminal, las cuales no podrán suponer adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos; no obstante, podrá ordenar el Fiscal la detención preventiva”.

Por sua vez, o artigo 785 bis da L.E.Criminal establece que “cuando el Ministerio Fiscal tenga noticia de um hecho aparentemente delictivo, bien directamente o por serle presentada uma denuncia o atestado practicará él mismo u ordenará a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes em el mismo”.

E em seu parágrafo segundo deste mesmo artigo establece que “el Ministerio Fiscal podrá hacer comparecer ante sí a cualquier persona em los

términos establecidos em la Ley para la citación judicial, afin de recibirle declaración, em la cual se observarán las mismas garantías señaladas en esta Ley para la prestada ante el Juez o Tribunal”.

Ainda vale lembrar que também praticará o crime de tortura quando esteja atuando com incompetência material relativa ou incompetência territorial.

2.2.2. “Los Jueces”.

O juiz da ordem penal é o competente para realizar as funções de investigação e interrogatório, relativos a delitos e faltas, podendo ser sujeito ativo do delito de tortura indagatória. Também poderá ser sujeito ativo o juiz da ordem civil, social e contencioso administrativo, pois também possuem capacidades para interrogar as partes processuais, testemunhas e peritos. E por fim, também os juizes de menores.

Mesmo nos casos em que atuem com incompetência material relativa ou incompetência territorial, continuarão tendo o caráter de funcionário público e serão sujeitos ativos do delito de tortura indagatória.

Por fim, quando os juizes participarem em atos de tortura em procedimentos da competência de outros juízes, terão a consideração de particulares.

2.2.3. “La Policía”.

A expressão policía etimologicamente deriva do grego “politeia”, que é o nome dado à coletividade dos cidadãos, sua forma de vida, direitos, estado (polis

= cidade). Derivada do latim “Politia” significa a boa ordem observada e guardada nas cidades e repúblicas. Segundo Francisco Antón Barberá:

La Policía es el Cuerpo y Fuerza encargado de cumplir y hacer cumplir la ley, sirviendo a la Comunidad; de mantener el orden, la tranquilidad y la seguridad pública; y de proteger a las personas y a sus propiedades contra actos ilegales. Por lo tanto, a la Policía le corresponden las siguientes funciones: a)proteger los derechos y libertades de los ciudadanos, b)mantener la seguridad ciudadana, c)prevenir y investigar los delitos, d)descubrir y asegurar a los delincuentes, e)recoger e intervenir los objetos, instrumentos y pruebas relacionadas com los delitos; f)velar por el cumplimiento de las Leyes y Normas dadas por las Autoridades administrativas y judiciales.¹³⁸

Durante a época primitiva não existia um grupo de profissionais estruturados para a investigação do crime que tivessem fundamentos em princípios criminalísticos. As organizações policiais dedicavam-se a manter a ordem e proteger o senhor ou governante à que estavam subordinados. Desta forma, utilizavam a força bruta, pois não existia qualquer técnica policial. Assim, empregavam, entre outros procedimentos de afronta à dignidade humana, a tortura.

Somente a partir do século XIX inicia a investigação criminal, quando ocorre um verdadeiro período de formação da polícia científica, e consequentemente a organização da atividade policial como profissão.

Nos dias atuais, defendemos uma polícia moderna, cujo mandato emana da lei. Ou seja, uma polícia independente que garante os direitos fundamentais existentes numa democracia, diferentemente da antiga polícia, cujo mandato era proveniente da vontade real.

¹³⁸ ANTÓN BARBERÁ, Francisco e DE LUIS Y TURÉGANO, Juan Vicente. *Policía Científica*. Volumen I. 2ª ed. Valencia: Tirant lo blanch. 1993. p. 21.

No âmbito do Direito Comparado, podemos mencionar que na Inglaterra é considerada função geral da Polícia “cumplir y mantener el orden y la paz pública. Na Itália compete a Polícia” la defensa de la libertad y de los derechos civiles, la vigilancia en el cumplimiento de las leyes, la tutela del orden y la seguridad pública, la prevención y represión de los delitos y el auxilio de la población”. Na França é função da Polícia “la investigación del delito y del delinquente, el asegurar del orden y la seguridad pública y las funciones de defensa civil”.¹³⁹

Na Espanha a Constituição determina no art. 104.1: “Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo la dependencia del Gobierno tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana”.

Argumenta Emilio de Llera Suárez-Bárcena acerca dos valores constitucionais atinentes aos órgãos de segurança pública espanhola. Vejamos: “[...] los bienes jurídicos o valores constitucionales encomendados a la Policía son fundamentalmente los dos siguientes: a) el libre ejercicio de los derechos y libertades, b) la seguridad ciudadana. Al propio tiempo, según el precepto constitucional, la actividad policial se há de desarrollar a través de la protección y la garantía de tales bienes”.¹⁴⁰

No entender do autor supra citado a expressão deste art. 104 da Constituição Espanhola está contida no art. 12 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que determina: “La garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita una fuerza pública. Esta fuerza se instituye, por tanto para beneficio de todos y no para la utilidad particular de aquellos que la tienen a su cargo”. Neste sentido também tem declarado o Tribunal Constitucional Espanhol.

¹³⁹ Ibid., p. 21. Conforme Antón Barberá.

¹⁴⁰ DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio. *El modelo Constitucional de Investigación Penal*. Valencia: Tirant lo blanch. 2001, p. 225.

Por sua vez, o artigo 282 da “Ley de Enjuiciamiento Criminal” establece:” La policía judicial tiene por objeto, y será obligación de todos que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad judicial”.

E ainda no art. 445 da “Ley Orgânica do Poder Judicial” está disposto: “1. Corresponden específicamente a las unidades de Policía Judicial las siguientes funciones: a) la averiguación acerca de los responsables y circunstancias de los hechos delictivos y la detención de los primeros, dando cuenta seguidamente a la autoridad judicial o fiscal, conforme a lo dispuesto en las leyes”.

2.2.4. “Otros Funcionarios Públicos”.

Também poderão ser sujeitos ativos do delito de tortura outros funcionários públicos, que tenham competências para obter confissão ou informação de uma pessoa no seio de qualquer procedimento público (administrativo), sancionador ou investigador.

Deste modo, prevê o artigo 78 da Ley 30/92:

“1. Los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, se realizarán de oficio por el órgano que tramite el procedimiento, sin perjuicio del derecho de los interesados a proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención o constituyan trámites legal o reglamentariamente establecidos”.

E também em relação aos “funcionarios de Hacienda” (“Administración Tributaria”), está determinada sua competência investigadora para tomar declaração e obter informação de pessoas. Prevê o art. 140 da “Ley General Tributaria”:

“[...] corresponde a la Inspección de los tributos: a) la investigación de los hechos imponibles para el descubrimiento de los que sean ignorados por la Administración. [...] d) realizar[...] aquellas actuaciones inquisitivas o de información que deban llevarse a efecto cerca de los particulares o de otro organismo, y que directa o indirectamente conduzcan a la aplicación de los tributos”.

Por fim, o parágrafo 2 do artigo 174 do Código Penal determina que também podem ser sujeitos ativos “los funcionarios de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores en su actuación respecto de detenidos, internos o presos”.

3. O Sujeito ativo no Direito Brasileiro.

3.1. Qualquer pessoa.

Como mencionamos anteriormente, no Direito Brasileiro, a lei 9.455/79, que disciplina a tortura, não exige o requisito de que o sujeito ativo constitua representante de órgão público. A doutrina brasileira divide-se acerca desta necessidade. Desta forma, a lei determina que a tortura constitui o emprego de violência ou grave ameaça, de modo a causar sofrimento físico ou mental para o fim de: a) obter informações ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; b) obrigar alguém a praticar um crime; c) ou simplesmente motivada por sentimento de discriminação racial ou religiosa.

Prevê o artigo primeiro, inciso II desta lei 9.455/97 que consiste no crime de 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”.

No parágrafo primeiro desta lei está determinado que: “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”.

E no parágrafo segundo determina 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”.

A Constituição Federal Brasileira no seu artigo 5º, inciso XLIII, prescreve que devem responder pelo crime de tortura os mandantes, os executores e aqueles que se omitiram quando podiam ter evitado.

Como já foi visto no capítulo dois, a lei brasileira diferencia-se da Convenção contra a tortura da ONU de 1984, tendo em vista dois fatores: a) a lei brasileira restringe o fator discriminação à discriminação racial e religiosa, enquanto a Convenção menciona discriminação de qualquer natureza; b) a lei brasileira não requer como o faz a Convenção, a vinculação do agente ou responsável pela tortura com o Estado, quer direta ou indiretamente.

Participamos do entendimento de Flávia Piovesan, de que o requisito da vinculação do sujeito ativo ao Estado parece mais apropriado. Vejamos sua reflexão:

No que se refere ao agente da tortura, a lei brasileira determina, ser causa de aumento de pena, se o crime é cometido por agente público, nos termos do art. 1º, parágrafo 4º, I. Isto é, para a caracterização do crime, não é necessário que o agente seja agente público. Esta concepção transcende a própria concepção introduzida pela Convenção, que demanda, necessariamente, para a configuração do crime de tortura, a qualidade de agente público. Parece mais adequada a definição da Convenção, ainda que mais ampla se mostre a definição nacional. Isto porque a gravidade da tortura e o fato de ser ela considerada crime contra a ordem internacional justifica-se na medida em que sua prática revela a perversidade do Estado que, de garante de direitos, passa a ter em seus agentes brutais violadores de direitos.¹⁴¹

Nesse diapasão entende também Salomão Shecaira, afirmando que seria mais adequado que este delito fosse considerado crime próprio:

Melhor seria, ainda, para a delimitação do objeto e alcance da lei, que o crime de tortura viesse classificado como crime próprio – aquele que pode ser cometido por determinada categoria de pessoas – e não como crime comum, cujo autor pode vir a ser qualquer pessoa.[...] Além disso o próprio artigo 1º da Convenção contra a Tortura, ratificado pelo Brasil, estabelece que tal conduta aplica-se ao ‘funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência’. De forma assemelhada o faz a convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura, em seu artigo 3º, pacto esse também em vigor no Brasil, desde 9 de novembro de 1989.¹⁴²

¹⁴¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 6ª ed., São Paulo: Max Limonad, 2004, p.204.

¹⁴² SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Algumas notas sobre a nova lei de tortura (Lei no 9.455 de 7 de abril de 1997)*. Boletim IBCrim, São Paulo no 54, Maio/1997.

3.2. A Polícia como sujeito ativo do delito de tortura.

A Constituição Federal Brasileira determina no art. 5º do título II, pertinente aos direitos e garantias fundamentais que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.

Ainda no Art. 144 da Constituição Federal Brasileira está disposto, nestes termos: “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio [...]”.

O Código Processual Penal Brasileiro dispõe no art. 4º que: “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”.

Posicionamos no sentido de que a Polícia é mais eficiente quanto mais preserva a ordem e, evidentemente, quanto menos agride a ordem. Entendemos que é contraditória a Polícia utilizar meios ilegais para proteger a legalidade. Portanto, são metas da Polícia: a) visar objetivos legais, b) a ação policial deve ser desenvolvida por meios legalmente previstos e admitidos em lei.¹⁴³

Tais objetivos supracitados devem ser idealizados e vivenciados nos dias de hoje. Sobretudo, devem ser continuamente objetos de aprendizagem em cursos de formação profissional, para a realização de uma polícia melhor, que seja menos violenta e mais garantidora de direitos.

No sentir de Rodríguez Mesa: “[...] cuando um representante del Estado comete actos de tortura no solo atenta contra la dignidad del torturado, además

¹⁴³ Reflexões de Dalmo de Abreu Dallari, que somos partidários.

afecta con su actuación a la integridad del correcto ejercicio del poder del Estado.”¹⁴⁴

Este correto exercício do poder do Estado mencionado por Rodríguez Mesa consiste na atuação mediante o uso de meios legais, que é o pensamento que deve imperar nas forças de segurança. Neste sentido, insistimos neta ideologia, que deve ser ensinada e praticada nas instituições.

Até nos países democráticos que vivenciam as mazelas do terrorismo, a exemplo da Espanha, participamos do entendimento de que os mecanismos de repressão utilizados devem sempre estar coniventes com a expressão da dignidade humana. Neste diapasão, pensa Díaz Pita:

[...] los casos de tortura se dan y se dan, además, en países democráticos que, como el nuestro, se ven sometidos a la barbarie de grupo terroristas. Pero, como también decíamos líneas más arriba, la existencia de estos grupos no debe llevar nunca al intento, por parte del Estado y de sus representantes, de terminar con esta situación acudiendo a mecanismos de represión que no sean los estrictamente previstos en nuestro ordenamiento jurídico.¹⁴⁵

Defendemos a idéia de um constante e cuidadoso treinamento nas instituições policiais. Tal formação é que poderá controlar reações espontâneas, de quem vivencia a violência em seu ambiente de trabalho, que chamamos “circunstância policial”. Esta circunstância é caracterizada preponderante pela desumanização. Observamos que muitas vezes o treinamento físico, técnico e ideológico poderá ser caracterizado pela interiorização de preceitos de rigor,

¹⁴⁴ RODRÍGUEZ MESA, María José. Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos. Granada: Comares, 2000, p.51.

¹⁴⁵ DÍAZ PITA, María del Mar. El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral. EPC 1997.

firmeza, disciplina, heroísmo, valentia, força, que devem ser desenvolvidos pelas instituições e seus integrantes. Existem situações em que o treinamento é acompanhado de maus tratos físicos, verbais e arbitrários.

É neste ponto que pode gerar um “guardião da lei” Kafkaniano¹⁴⁶. Por isto, salientamos que no Estado de direito devemos formar agentes públicos protetores de direitos, e continuamente passar esta filosofia. Criar homens, que investidos na função de agente público, possam proteger outros homens. Criar pessoas que combatam o crime dentro do hemisfério da legalidade. O objetivo não pode ser ilegal dentro de um estado de direito.

3.2.1. A Dignidade e a educação do Policial no Brasil.

É óbvio que a conduta prevista no crime de tortura é algo extremamente repugnante. A simples leitura de um depoimento de um torturado nos faz remover o estômago e extravasar uma grande revolta.

E por ser tão repugnante, somente enxergamos a dignidade da vítima. Propomos, contudo, analisar os dois lados da moeda. Refletir mais fundo. Deste modo, fazemos outras indagações. O torturador possui dignidade? Quem é e como chegou a sê-lo? O torturador constitui um agente do Estado? Qual a sua formação? Existe alguma responsabilidade da sua “Instituição” ou do Estado? Ainda que a tortura seja injustificável, em qualquer situação, devemos analisar o sujeito ativo, retirando todas as vendas. Neste entendimento, vejamos a argumentação de Miguel Angel Alegre Martinez:

¹⁴⁶ KAFKA, Franz. Um médico rural (pequenas normativas). O Guardião da lei. Trad. De Modesto Carone. São Paulo: Companhia das letras, 1999, p. 27. Vide texto narrado em nota de rodapé, no início deste capítulo.

Podrá haber, por tanto, conductas denigrantes, comportamientos “indignos” de la condición humana. La persona que realice tales actos se autodegrada, renuncia de algún modo a su condición al no actuar conforme a la misma. En estos casos, la dignidad de quien así se comporte, y eventualmente la de sus víctimas, podrá entenderse menoscabada, denigrada o vulnerada. Pero al ir íntimamente unida a la condición humana, ni puede desaparecer su núcleo esencial, ni puede dejar de ir acompañada de los derechos inviolables del hombre en cuanto ser humano.¹⁴⁷

Neste diapasão e lembrando Kant, entendemos que qualquer homem, independente de sua atuação e decisão, sempre possuirá dignidade. Pois todo homem é um ser racional, autônomo e suas ações refletem a lei que lhe governa ou um ato arrebatado de suas paixões, mas são atos que possui o controle. Pensamos como Kant, que a dignidade não é algo que surja, senão um fundamento da natureza humana.

E partindo desta reflexão, vislumbramos que o sujeito ativo do delito de tortura também possui dignidade, ainda que atue de modo repugnante e injustificável. Pensamos e acreditamos que rarear estas situações de tortura significa investir na formação destes agentes públicos, que em muitas situações são meros instrumentos do Estado, que investe pouco na segurança pública, não valoriza seus policiais e não se incomoda com isto.

Quando estudamos o sujeito ativo, apenas nos restringimos a dizer quem são os torturadores. No Brasil, predominam os agentes públicos policiais, seja da polícia militar, seja da polícia civil. Quando existe um processo para a averiguação e respectiva sanção do crime de tortura, apenas é responsável o sujeito ativo A ou B ou C. Contudo, vale lembrar que muitas vezes atuam como meros agentes públicos, ou seja, como funcionários de sua instituição, representando o Estado, na defesa da sociedade, que exige resultados. Claro que nada justifica o ato ilegal.

¹⁴⁷ ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Angel. La dignidad de la persona como fundamenteo del ordenamiento constitucional español. León: Universidad de Leon. 1996, p.28.

Mas é importante esta percepção, na medida em que buscamos um aprimoramento do agente público, e, por conseguinte, sua atuação eficiente como protetor de direitos dos cidadãos. Esta busca passa pelo campo da formação deste agente e seu constante treinamento.

Claro que na época da ditadura militar no Brasil o treinamento consistia na manipulação para criar torturadores. Mas hoje vivemos no Brasil uma democracia. Neste sentido define Maria Garcia: “Alguns princípios essenciais da Democracia são, exatamente: a) a garantia de certos direitos fundamentais do homem; b) a valorização do indivíduo e da personalidade humana integrada; c) o compromisso entre idéias opostas, para uma solução pacífica”.¹⁴⁸

Portanto na democracia brasileira deve predominar a garantia dos direitos fundamentais, ou seja, a defesa incondicionada da dignidade da pessoa humana. Portanto, as instituições de segurança pública devem atuar garantindo este estado de direito, através de seus agentes. Esta é a ideologia de hoje, que deve ser ensinada e praticada.¹⁴⁹

Falar em polícia e democracia é lembrar as palavras de Luis Antonio Francisco de Souza:

A polícia, numa democracia, deve impedir que as pessoas cometam danos umas às outras; criar uma sensação de segurança; facilitar a movimentação de pessoas e bens; resolver conflitos e proteger os direitos – eleições livres, liberdade de opinião e de reunião – dos quais depende a liberdade democrática (Goldstein, 1990). Outros autores concordam com essas afirmações e ressaltam que a democracia é contraditoriamente dependente de sua polícia, para manter um grau de ordem social, controle e de segurança que possibilite o exercício da liberdade. A força da democracia reside numa polícia que, ao mesmo tempo, seja

¹⁴⁸ GARCIA, Maria. *Limites da ciência. A dignidade da pessoa humana. A ética da responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004, p. 270.

¹⁴⁹ Entendemos que quando um representante do Estado comete atos de tortura atenta contra: a) a dignidade do torturado, b) a integridade do correto exercício do poder do Estado.

eficiente no combate ao crime e no controle social, bem como respeite os direitos fundamentais (Skolnick, 1975; Adorno, 1998).

Refletindo acerca da “pessoa” que é este agente público e na sua circunstancia, relembremos mais uma vez, as palavras de Ortega y Gasset: “yo soy yo y mi circunstancia”. Por exemplo, no cotidiano de uma Delegacia, quando estamos convivendo com estas pessoas, torturadores e torturados, é que podemos ver melhor a dimensão desta circunstância. Analisar policiais é analisar, sobretudo sua circunstância, é perceber a baixa estima, os problemas de saúde adquiridos (alcoolismo, problemas psicológicos), as baixas remunerações que resultam em trabalhos extras, as propostas que recebem e o poder que possuem, as deformações morais que sofrem dentro de um ambiente negativo, e as inversões de valores éticos. Pensamos que analisar todos estes fatores resultará com certeza, em perceber que continuamente devem ser bem orientados, e, sobretudo, valorizados.

Partindo da reflexão supra citada vale a pena ressaltar os princípios do Plano Estadual 2004 – 2007 da Secretaria de Segurança Pública do Estado da Bahia, distribuído aos participantes do I Encontro de Delegados de Polícia da capital e região metropolitana deste Estado¹⁵⁰, cujo teor consta:

- “Polícias são instituições destinadas a servir os cidadãos, protegendo direitos e liberdades, inibindo e reprimindo suas violações; portanto, suas ações são legitimadas pela sociedade a medida em que prestam um serviço de qualidade conformando-se às exigências do ordenamento jurídico vigente.
- Às polícias compete fazer cumprir as leis, cumprindo-as, pois é pressuposto de sua atuação o conhecimento, a defesa e o respeito à

¹⁵⁰ Encontro dos Delegados de Polícia da Capital e Região Metropolitana do Estado da Bahia, realizado no dia 06 de agosto de 2004 no Resort Catussaba Hotel, organizado pela Dra Lindaiá

ordem jurídica, não lhe sendo admissível agir sem a necessária observância ao ordenamento jurídico.

- Policiais são seres humanos, trabalhadores e cidadãos, titulares, portanto, dos direitos humanos e das prerrogativas constitucionais correspondentes às suas funções, devendo ser alvo de atenção especial por parte das instituições, com o desenvolvimento de ações que beneficie a sua auto-estima através do respeito aos seus direitos e liberdades, além da promoção dos meios para que possam cumprir sua missão institucional. “

Mas não existe esta valorização. E podemos observar através das diversas greves ocorridas em diversos estados do Brasil. Menciona Cláudio C. Beato F.:

[...] os recentes movimentos de reivindicação salarial envolvendo as polícias estaduais brasileiras terminaram por adicionar um ingrediente inédito na história das polícias brasileiras, e raras na história das polícias do mundo: uma greve. Em Minas Gerais, justamente uma das forças policiais mais respeitadas da Federação, o movimento teve componentes de violência que terminaram por propor dramaticamente uma velha questão de sociologia política: Quis custodiet ipsos/Custodes? (Quem guardará os próprios guardas?).¹⁵¹

Vamos ilustrar o que tentamos dizer com o fato ocorrido com a visita ao Brasil do relator especial da ONU, Nidel Rodley. Em sua visita à Casa de Custódia Muniz Sodré, no Rio de Janeiro, foi constatada uma sessão de espancamento de presos, que deixou um deles extremamente ferido tendo um funcionário, ao vê-lo, chegado a “chorar” na presença do relator. Ou seja, o ato é repugnante, para o torturado, o torturador e todos que convivem com isto. É algo deprimente e desequilibrador também para o sujeito ativo, seja aquele que executa, ou se omite.

Garcia Mustafá Pereira, Delegada de Polícia do Estado da Bahia, Diretora do Departamento de Polícia Metropolitana (DEPOM) na época da realização.

¹⁵¹BEATO F., Cláudio C. Políticas Públicas de Segurança: Equidade, Eficiência e Accountability.

E para aclarar ainda mais o que sentimos, menciona Conroy, citado por Luciano Maia:

Quando a maioria das pessoas imagina a tortura, imagina-se como vítima. O perpetrador aparece como um monstro – alguém desumano, incivilizado, um sádico, muito provavelmente homem, de modos diabólicos. Ainda assim há grande evidência que em sua maioria os torturadores são pessoas normais, que a maioria de nós poderia ser aquele bárbaro de nossos sonhos tão facilmente como poderíamos ser as vítimas, que para a maioria dos perpetradores a tortura é um trabalho e apenas isso.¹⁵²

A verdade é que a constante formação profissional é quem vai construir um agente público protetor¹⁵³ ou violador de direitos. A sua circunstância policial é favorável a todo tipo de desajustes morais e psicológicos, que lentamente podem internalizar princípios e conceitos que vão formar a sua individualidade. Como menciona, muito apropriadamente, Luci Gati Pietrocolla: “Atributos humanos podem ser mais ou menos desenvolvidos e ressaltados dependendo das instituições sociais nas quais os indivíduos nascem, crescem e morrem.”¹⁵⁴

¹⁵² MARIZ MAIA, Luciano. Tortura no Brasil: a banalidade do mal. Disponível em <http://www.dhnet.org.br>. Acesso em 27/10/2005.

¹⁵³ Educar para a formação de agentes protetores de direitos significa criar verdadeiros “guardiães da lei”.

¹⁵⁴ PIETROCOLLA, Luci Gati. *Torturar é fácil, o difícil é justificar*. São Paulo: Boletim IBCCrim, 1997.

CAPÍTULO V

CONDUTA TÍPICA.

1. Considerações prévias.

Neste capítulo serão abordadas as condutas típicas previstas nos arts 174, 175 e 176 do atual Código Penal Espanhol (1995), que disciplina o delito de tortura em suas diversas formas.

Seguiremos fazendo um estudo deste tema no âmbito do Direito Brasileiro, examinando a Lei 9.455/79. Abordaremos as diversas espécies de torturas existentes na legislação brasileira.

No próximo item abordaremos a conduta típica do delito de tortura no atual Código Penal Espanhol de 1995, fazendo um breve comentário do antigo Código Penal de 1978.

2. A Conduta típica no Direito Espanhol.

O anterior código Penal de 1978 foi quem introduziu um preceito incriminador da tortura. Desta forma, consta do ordenamento jurídico espanhol, pela primeira vez a tipificação no art. 204 bis deste delito. Tal fato representou um reforço das garantias do indivíduo frente ao poder, ainda que tal preceito tenha sido amplamente criticado.

No sentir de Muñoz Conde:

La oportunidad de este precepto fue discutida por algunos que consideraban que no añadía nada nuevo a la legislación

vigente, que, en cualquier caso no abarcaba todos los supuestos de tortura, que estaba mal configurado técnicamente e incluso mal redactado. Otros se preocupaban por su eficacia práctica, alegando que iba a ser un precepto muerto por la falta de voluntad en aplicarlo. Hubo quien incluso consideró que la existencia de un precepto en nuestro Código Penal que tipificasse expressamente la tortura era una afronta al prestigio y al buen nombre de las fuerzas policiales. Apesar de todas estas objeciones el artículo fue aprobado. Y esto creo que fue un paso importante en la lucha contra la tortura en nuestro país.¹⁵⁵

O texto do artigo 204 bis previa o seguinte:

“ La autoridad o funcionario público que, em el curso de la investigación policial o judicial y com el fin de obtener una confesión o testimonio, cometiére algunos de los delitos previstos em los capítulos I y IV del título VIII y capítulo VI del título XII de este Código, será castigado com la pena señalada em su grado máximo y, además, la de inhabilitación especial.

Si com el mismo fin ejecutren algunos de los actos penados em los artículos 582, 583.1 y 585, el hecho se reputará delito y serán castigados com las penas de arresto mayor y suspensión.

En las mismas penas incurrirán respectivamente, la Autoridad o funcionario de Instituciones Penitenciarias que cometiére, respecto de detenidos o presos, los actos a que se refieren los párrafos anteriores.

La Autoridad o funcionario público que em el curso de um procedimiento judicial penal o en la investigación del delito sometieren al interrogado a condiciones o procedimientos que le intimiden o violenten su voluntad, será castigado com la pena de arresto mayor e inhabilitación especial.

Igualmente se inpondrán las penas establecidas em los párrafos precedentes a la Autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiesen que otras personas ejecuten los hechos previstos em ellos”.

¹⁵⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. 15^a edic., Valencia:

De acordo com as palavras de Muñoz Conde:

[...] Ciertamente el art. 204 bis no viene a crear nuevos delitos, pero si, aunque com deficiente técnica a castigar más gravemente hechos que sin duda están castigados em cuaquier Código Penal del mundo, pero que merecem um tratamiento más severo cuando son cometidos en las circunstancias previstas en el citado artículo. Pero es que además, el art. 204 bis cumple una buena función pedagógica de la conciencia coletiva, al llamar la atención sobre una actividad, que no, por ilegal y delictiva há dejado de practicarse.¹⁵⁶

No Código Penal de 1995 o delito de tortura está tipificado no título VII juntamente com outros delitos contra a integridade moral. Desta forma o art. 174 prevê o tipo básico e o art. 175 prevê o tipo privilegiado.

Prescreve o tipo básico do art. 174 do código Penal, nestes termos:

“Art. 174 – 1. Comete tortura la autoridad o funcionario publico que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, la sometiere a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o que de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral. El culpable de tortura será castigado con la pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuera grave, y de prisión de uno a tres años si no lo es. Además de las penas señaladas se inpondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación absoluta de ocho a doce años.

2. En las mismas penas incurrirán, respectivamente, la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección

Tirant lo blanch, 2004, p.184

¹⁵⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. 15ª edic., Valencia: Tirant lo blanch, 2004, p.187.

de menores que cometiere, respecto de detenidos, internos o presos, los actos a que se refiere el apartado anterior.”

Comparando o novo texto conceitual do delito de tortura previsto no art. 174 do código Penal de 1995 com o antigo texto conceitual previsto no art. 204 bis, podemos observar que a expressão “en el curso de la investigación policial o judicial” não aparece mais, ocasionando uma ampliação deste tipo penal.

Neste entendimento menciona Cobo del Rosal:

A diferencia del texto del antiguo art. 204 bis, y de acuerdo con alguna propuesta doctrinal (Maqueda Abreu), el elemento situacional (“en el curso de la investigación policial o judicial”) ha desaparecido, ampliándose, por tanto, el ámbito típico, si bien la autoridad o funcionario público debe actuar con el fin (es irrelevante que se consiga o no) de obtener una confesión o una información, o con el fin de castigarla por hechos cometidos o que se sospechan cometidos. Tal específica finalidad en el actuar del sujeto activo, que técnicamente opera como un elemento subjetivo del injusto (Muñoz Conde) hace, desde nuestro punto de vista, inimaginable una situación que no sea la del actuar a título de dolo directo.¹⁵⁷

Coincidiendo com o autor supra citado, Díaz Pita assevera que:

La regulación que nos ofrece el recién estrenado Código Penal experimenta, por una parte, un desdoblamiento de conductas y, por outro, la ampliación de lo que se puede entender por tortura en sentido estricto. Este desdoblamiento al que hacemos referencia consiste en la distinción entre tortura como delito especial cometido por funcionario y atentado contra la integridad moral como delito común, cuyo sujeto activo puede ser, como de todos es sabido, cualquiera. En cuanto a la ampliación respecto de la tortura en sentido estricto ésta se manifiesta en la desaparición de la expresión ‘en el curso de una investigación’ para dar paso a un mayor número de situaciones en las que un ciudadano puede

¹⁵⁷ COBO DEL ROSAL, Manuel. *Compendio de Derecho Penal Español. Parte Especial*. Barcelona: Marcial Pons, 2000, p.167.

encontrarse en manos o a merced del funcionario, es decir, en un estado de dependencia de hecho entre ambos.¹⁵⁸

2.1. Tipo básico (O art. 174 do Código Penal).

Segundo Muñoz Conde a redação literal do art. 174¹⁵⁹ se ajusta as três exigências previstas para a configuração da tortura no Direito Internacional. São as seguintes: “um elemento material consistente en las propias acciones que constituyen tortura, la cualificación del sujeto activo como representante del poder del Estado y un elemento teleológico que exige una determinada finalidad para configurar autónomamente el delito”.¹⁶⁰

Explica o aludido autor que no art. 174, referente ao primeiro elemento (ação) o legislador indica que “comete tortura quien someta o otro a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias supongan al sujeto pasivo sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o cualquier otro procedimiento que atente contra su integridad moral”.¹⁶¹

Em relação ao segundo elemento da definição internacional, o art. 174 exige efetivamente que o sujeito ativo seja autoridade ou funcionário público, ou ainda autoridade ou funcionário de instituições penitenciárias ou de centros de proteção e correção de menores.

¹⁵⁸ DÍAZ PITA, Maria del Mar. *El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral*.

¹⁵⁹ Diferentemente do que ocorria com o derogado artigo 204 bis do antigo código Penal, em qualquer tipo de processo judicial pode-se pretender obter confissão ou informação. Inobstante, são os processos penais e aqueles referentes ao juízo de menores, que mas se adaptam à esta conduta típica.

¹⁶⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal, parte especial*, 15ª edic., Valencia: Tirant lo blanch, 2004, p.184

¹⁶¹ Ibid., p. 189.

Em relação ao terceiro elemento (teleológico), exige-se que o objetivo perseguido pelo sujeito ativo seja obter uma confissão ou informação de qualquer pessoa ou de castigá-la por qualquer fato que haja cometido ou se suspeite que haja cometido. Este especial elemento subjetivo é o que constitui a chamada tortura indagatória. Segundo Muñoz Conde:

[...] el que justifica la previsión de una pena de mayor gravedad al expresar no sólo el ataque contra bienes jurídicos fundamentales de carácter individual, sino también el abuso por parte del sujeto activo de su condición de funcionario, traspasando las fronteras de su legitimación para investigar un determinado hecho o atribuyéndose facultades que le son ajenas, como el poder de aplicar un castigo por un hecho cometido o que se sospeche que el sujeto pasivo ha cometido.¹⁶²

Segundo Vicente Grima Lizandra trata-se de delito intencional, pois o preceito requer que a conduta se realize em virtude de uma finalidade indagatoria ou punitiva. Assevera este autor: “[...]que la conducta (medio y resultado) se realice presidida por una finalidad indagatoria (de obtener confesión o información de la víctima) o punitiva (de castigarla). Estamos, por tanto, en presencia de delitos intencionales”¹⁶³. Menciona ainda este autor que: “Estamos ante unos delitos de resultado con medios tasados”¹⁶⁴.

Da análise deste artigo, podemos observar que o elemento subjetivo consiste: “finalidad”¹⁶⁵ de obtener una confesión o información, o de castigar a una persona por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que há cometido”.

¹⁶⁶ Portanto, trata-se de duas finalidades diferentes.

¹⁶² MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal, parte especial*, 15^a edic., Valencia: Tirant lo blanch, 2004, p. 189.

¹⁶³ GRIMA LIZANDRA, Vicente. *Los delitos de tortura y tratos degradantes por funcionarios públicos*. Valencia: Tirant lo blanch, 1998, p.115.

¹⁶⁴ Ibid., p. 116.

¹⁶⁵ A ausência desta finalidade não resulta na impunidade desta conduta, mas apenas em uma tipificação distinta, prevista no art. 175 deste Código Penal.

¹⁶⁶ Ibid., p. 116.

No primeiro caso (finalidade indagatória) o elemento subjetivo supra citado pressupõe uma proteção que não é a da integridade moral genérica do cidadão frente aos poderes investigadores do Estado. Refere-se somente à integridade moral¹⁶⁷ que é colocada em risco por meio de um interrogatório. Deste modo, pretende-se garantir a ausência de pressões na declaração do sujeito passivo.

Nesta espécie de delito indagatório existe uma vontade¹⁶⁸ dirigida à obtenção da confissão¹⁶⁹ ou da informação¹⁷⁰, mas este resultado pode necessariamente não ocorrer por meio da conduta realizada.

No segundo caso (finalidade punitiva) existe a intenção de castigar o sujeito por qualquer fato que haja cometido ou se suspeite que haja cometido. Exemplo típico é o caso do policial que detém a uma pessoa em cumprimento de uma ordem judicial de busca e captura por um grave delito e sem praticar nenhuma diligência de interrogatório ou investigação sobre o fato, começa a golpeá-lo para corrigi-lo por aquele ato.

Vale ressaltar que neste delito punitivo não é necessário que o fato que se pretenda castigar seja considerado ilícito. Ou seja, apenas precisa que o agente da tortura pretenda castigar por um comportamento qualquer da vítima. Contudo, tal comportamento deve ser valorado como incorreto, segundo a mentalidade do aludido agente.

¹⁶⁷ Ibid., p.116. Segundo Grima Lizandra: "El bien jurídico protegido en la tortura indagatoria es la integridad moral (derivada de la dignidad) frente a los procedimientos oficiales (judiciales, policiales o administrativos) de investigación; es la dignidad de la persona que se haya sometida (como sospechoso, inculcado o testigo) a un proceso de investigación por parte del poder público, judicial o administrativo".

¹⁶⁸ Vale ressaltar que no caso contrário, ou seja, quando o agente da tortura pretenda que o sujeito não declare determinado fato (apesar de não concorrer o fim de obter confissão, mas de evitar uma confissão), será um delito tipificado no artigo 175 deste Código Penal.

¹⁶⁹ Confissão é a declaração do sujeito passivo do procedimento investigador ou sancionador. O sujeito passivo pode ser o suspeito, imputado ou submetido à procedimento de investigação.

¹⁷⁰ Informação refere-se à declaração prestada por quem não é sujeito passivo no processo judicial ou procedimento administrativo investigador e/ou sancionador. O Código Penal antigo usava a expressão "testimonio".

Saliente-se¹⁷¹ que fica excluída do âmbito dos arts. 174 e 175 a “tortura oblícua”, ou seja, aquela que se pratica sobre uma pessoa, para obter a confissão ou castigar a outra (afetivamente vinculada à primeira). Nestes casos, somente se aplicará os arts. 174 e 175 a conduta que recaia sobre a pessoa interrogada ou castigada, enquanto que a conduta sobre o terceiro se castigará pelo delito comum que corresponda, em concurso.

Conforme foi visto anteriormente, o art. 174 constitui um delito intencional, cujo resultado efetivamente pode não ocorrer. São considerados resultados:

- a) “sufrimientos físicos o mentales”,
- b) “supresión o disminución de las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión”,
- c) “o cualquier otro atentado contra la integridad moral”.

O item a (“sufrimientos físicos o mentales”) menciona acerca da existência tanto da tortura física quanto a psicológica. Portanto, a simples ameaça de tortura, ainda que não ocasione nenhuma dor física, está caracterizada como sofrimento menal ou psicológico, podendo também ser considerado tortura. Enfim, o importante é que se produza um sofrimento físico ou mental, independentemente de que seja um método físico ou não¹⁷².

¹⁷¹ GRIMA LIZANDRA, Vicente. *Los delitos de tortura y tratos degradantes por funcionarios públicos*. Valencia: Tirant lo blanch, 1998, p.116. Este é o entendimento de Grima Lizandra.

¹⁷² GRIMA LIZANDRA, Vicente. *Los delitos de tortura y tratos degradantes por funcionarios públicos*. Valencia: Tirant lo blanch, 1998, p.131. Menciona Grima Lizandra: “ Conviene clasificar, siguiendo a Shaalan, los distintos métodos que se pueden utilizar en la tortura por medio del sufrimiento mental. En primer lugar, estarían los métodos físicos que actúan sobre los sentidos del cuerpo para producir sufrimiento mental; el ejemplo típico puede ser una simple bofetada, que en ocasiones y bajo determinadas circunstancias, puede ser má humillaante (y por tanto mas efectiva desde el punto de vista torturador) que un puñetazo; esa humillación (en el contexto de indefensión y subordinación en que se encuentra la víctima) sin duda produce un sufrimiento psicológico. En segundo lugar, hay que referirse a los métodos físicos que actúan directamente sobre los órganos de percepción y del cerebro; estos métodos afectan al cerebro (y a la mente) a través de su conexión con los órganos periféricos de precepción (los sentidos); los casos típicos son los de privación sensorial, bien privando de oxígeno, agua, comida, etc., bien de la estimulación sensorial general (luz, sonido, olfato, tacto, gusto). En tercer lugar, hay que referirse a los métodos psicológicos que actúan indirectamtne sobre la mente y encierran la manipulación del comportamiento-conducta de la víctima por medio de la exhortación, de las órdenes, de las amenazas; el ejemplo típico sería el antes citado de amenaza de violencias físicas. Por último están los métodos psicológicos que actuando directamente sobre la mente producen un sufrimiento

O item b (“supresión o disminución de las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión”) ocorre, segundo Grima Lizandra, quando há uma ofensa a integridade moral que resulta na supressão ou diminuição das facultades de conhecimento, discernimento ou decisão. Explica este autor: “[...] podemos decir que el conocimiento es la facultad de percibir sensorialmente lo que sucede; el discernimiento, la de entender lo que se ha conocido, lo que significa cada alternativa; y la decisión, la facultad de resolver el dilema y actuar en un determinado sentido”.¹⁷³

Podemos observar que este segundo grupo de resultados, previsto no item b, somente é aplicável a tortura indagatória (não se aplica a punitiva). Protegem, portanto as facultades ou capacidades livres, ou seja, a liberdade como expressão da autonomia da vontade¹⁷⁴.

O item c (“cualquier otro atentado contra la integridad moral”) refere-se aos casos residuais, bem como aos atos com finalidade punitiva que não produzam sofrimentos físicos ou mentais. Grima Lizandra enquadra nestes casos as “cinco técnicas”¹⁷⁵ com exclusiva finalidade punitiva, quando não suponham sofrimentos (coisa rara). Refere-se este autor que também se enquadra o caso chamado

en la misma; en ellos, la intervención de procesos físicos queda reducida al mínimo; el objetivo último es obtener un cambio mental por medios mentales, más que por la dominación del cuerpo; el sufrimiento mental es innegable en cuanto el individuo rechaza dicho cambio”.

¹⁷³ GRIMA LIZANDRA, Vicente. *Los delitos de tortura y tratos degradantes por funcionarios públicos*. Valencia: Tirant lo blanch, 1998, p.134.

¹⁷⁴ A liberdade como expressão da autonomia da vontade constitui a segunda dimensão do conceito kantiano da dignidade humana, que estudamos no capítulo três deste trabalho.

¹⁷⁵ Ibid., p.136. Grima Lizandra explica: “[...]los métodos para doblegar la voluntad, paradigma de los cuales son las llamadas cinco técnicas a que se refirió la Sentencia del Tribunal de Derechos Humanos en el Caso Irlanda contra Reino Unido y que consistían literalmente en lo siguiente: a) Colocación de pie contra una pared: se obligaba a los detenidos a que permanecieran durante períodos de algunas horas, en una postura en tensión, según los interesados, estuvieron con los brazos y piernas separados, frente a una pared, apoyando en ella los dedos por encima de la cabeza, los miembros inferiores muy separados y los pies hacia atrás, de forma que el peso del cuerpo recayera principalmente sobre los dedos; b) Encapuchar: se cubría la cabeza de los detenidos con un saco negro o azul marino que, por lo menos al principio, llevaban siempre excepto durante los interrogatorios; c) Ruido: antes de los interrogatorios se llevaba a los detenidos a una habitación en la que resonaba constantemente un silbido fortísimo; d) Falta de sueño: antes de los interrogatorios no se les dejaba dormir; e) Falta de alimento sólido y líquido: durante su estancia en el centro, y antes de los interrogatorios, sólo recibían una alimentación escasa”.

“castración química temporal” ¹⁷⁶, que recentemente começou a ser praticado em algum Estado norte-americano.

2.2. Tipo privilegiado (O artigo 175 do Código Penal Espanhol).

O artigo 175 constitui o tipo privilegiado. Determina este artigo:

“Art. 175 – La autoridad o funcionario publico que, abusando de su cargo y fuera de los casos comprendidos en el artículo anterior, atentare contra la integridad moral de una persona será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años si el atentado fuera grave, y de prisión de seis meses a dos años si no lo es. Se impondrá, en todo caso, al autor, además de las penas señaladas, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a cuatro años.”

Este artigo 175 prevê a espécie de tortura gratuita. Segundo Muñoz conde:

[...] aquellos tratos degradantes llevados a cabo también por funcionario público pero en los que falta el especial elemento subjetivo de la obtención de una información o la aplicación de un castigo. La finalidad perseguida en estos casos podría ser exclusivamente la causación por parte del funcionario de sufrimientos por el mero hecho de humillar al sujeto pasivo o la realización de actos de sadismo sin objetivo alguno.

Neste sentido argumenta Grima Lizandra: “Así se incluirían en este artículo 175 los casos en los que la finalidad que preside el atentado a la integridad moral es la intimidatoria o la de mera humillación o vejación” ¹⁷⁷. Para este autor, um dos

¹⁷⁶ Ibid., p.140. Menciona Grima Lizandra: “Quizá, por ejemplo, en este tercer inciso pueda incluirse el caso de llamada “castración química temporal” que recientemente ha comenzado a practicarse en algún Estado norte-americano. La medida se aplica a los reos de delitos contra la libertad sexual y consiste en la administración de unos fármacos que anulan temporalmente el deseo sexual. Aquí, la finalidad de la medida es punitiva (aunque también preventiva), y supone – a mi entender – un ataque frontal a la dignidad humana de la persona que es tratada como un animal, como un ser no racional, incapaz de regir su conducta por normas, sustituyéndose éstas por puros mecanismos causales”.

¹⁷⁷ GRIMA LIZANDRA, Vicente. *Los delitos de tortura y tratos degradantes por funcionarios públicos*. Valencia: Tirant lo blanch, 1998, p.146.

casos que deve ser castigado por este artigo é o uso indiscriminado de substâncias sedantes (ex.: haloperidol) a pessoas detidas e submetidas à expulsão do território nacional. Explica que nestes casos parece evidente o atentado a integridade moral, pois está tratando um ser humano como uma coisa ou um animal, e não como ser racional capaz de reger sua conduta por normas.

A ação constitutiva deste delito coincide com o “atentado contra a integridade moral” previsto no art. 173.¹⁷⁸ O sujeito ativo é funcionário público e deve atuar abusando de seu cargo, sempre e quando não persiga a obtenção de uma informação ou aplicação de um castigo, pois nestes casos estaria caracterizada a tortura indagatória, prevista no art. 174.¹⁷⁹

2.3. Modalidade omissiva (O art. 176 do Código Penal Espanhol).

Por seu turno, o art. 176 trata da modalidade omissiva, dispondo do seguinte modo: “Se impondrán las penas respectivamente establecidas en los artículos precedentes a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiere que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos”.

Portanto, neste artigo 176, podemos observar a espécie de tortura omissiva, em que são tipificados os casos daqueles funcionários públicos, que permitem que outras pessoas (sejam funcionários ou não) realizem as condutas previstas nos artigos precedentes (tortura indagatória, gratuita, ou atentado contra a integridade moral).

¹⁷⁸MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal, parte especial*, 15ª edic., Valencia: Tirant lo blanch, 2004, p.147. Segundo entendimento de Muñoz Conde.

¹⁷⁹Ibid., p.148. Menciona Muñoz conde que se o fato nao chega a ser um atentado contra a integridade moral, mas constitui a imposição de uma sanção ou privação indevida ou o uso de um rigor não necessário, poderá ser aplicado o art. 533 do CP. O artigo 533 dispõe que: “El funcionario penitenciario o de centros de Protección o Corrección de menores que impusiere a los reclusos o internos sanciones o privaciones indebidas, o usare con ellos de un rigor innecesario, será

Portanto, o sujeito ativo (funcionário) deve ostentar uma situação de superioridade, omitindo-se na tortura praticada pelo sujeito ativo, que pode ser um funcionario público inferior ou mesmo um particular.

Afirma Muñoz conde que:

Estamos ante un delito de comisión por omisión, basado en que conste la posibilidad de que el funcionario con su intervención hubiera podido evitar el atentado a la integridad moral y en especial deber que compete a determinadas autoridades o funcionarios de proteger con más intensidad los derechos fundamentales del ciudadano.¹⁸⁰

Na opinião de Manuel Cobo del Rosal:

[...] no deja de ser cierto que la existencia de este tipo despeja cualquier duda en torno a la responsabilidad en comisión por omisión de determinadas autoridades y funcionarios por atentados cometidos, contra la integridad, por terceros (De la Cuesta Arzamendi, Lascurain Sánchez, Muñoz Sánchez). Ello no obstante, lo que parece quedar fuera de toda duda es que no deberá responder por este precepto cualquier autoridad o funcionario, sino sólo aquellos que tengan legalmente atribuidos determinados deberes legales de garantía, como es el caso de los miembros de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (art. 5, apartado 2, de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad) o los funcionarios de Instituciones Penitenciarias (art. 34 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria) (Lascurain Sánchez, Muñoz Sánchez, no exige ese específico deber de garantía, Barquín Sanz).¹⁸¹

castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años”.

¹⁸⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal, parte especial*, 15ª edic., Valencia: Tirant lo blanch, 2004, p. 192.

¹⁸¹ COBO DEL ROSAL, Manuel. *Compendio de Derecho Penal Español. Parte Especial*. Barcelona: Marcial Pons, 2000, p.169.

2.4. Breve visão das espécies de Tortura no Direito Espanhol.

No Direito Espanhol podemos classificar o delito de tortura em: tortura indagatória e tortura punitiva. No sentir de Vicente Grima Lizandra, a diferença básica destas duas espécies delituais consiste na observância das seguintes características:

La especie de la tortura indagatoria es el atentado a la integridad moral por parte de un funcionario público en el marco de un procedimiento que pretende obtener una confesión o información del torturado. Por su parte, en la tortura punitiva la especialidad viene constituida por el atentado a la integridad moral que padece un ciudadano que es injustamente castigado por un funcionario público con competencias sancionadoras o investigadoras.¹⁸²

Vejamos abaixo os conceitos dessas espécies delituais.

2.4.1. Tortura Indagatória.

Conforme visto em estudo inicial no capítulo V, a tortura indagatória está prevista no artigo 174 do Código penal Espanhol, consubstanciada pela conduta realizada com uma finalidade indagatória de obter confissão ou informação da vítima.

Desta forma, prevê este tipo delitual no art. 174.1 que:

¹⁸² GRIMA LIZANDRA, Vicente. *Los delitos de tortura y tratos degradantes por funcionarios públicos*. Valencia: Tirant lo blanch, 1998, p.114.

“Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o [...] la sometiére a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o que de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral [...]”.

Portanto, nesta espécie de tortura exige-se que o sujeito ativo (funcionário público) realize sua conduta no âmbito de um processo judicial ou procedimento administrativo investigador ou sancionador.

2.4.2. Tortura Pena.

A tortura pena também está prevista no artigo 174.1 que dispõe, nestes termos:

“Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de cargo, y com el fin de [...] o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que há cometido, la sometiére a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o que de cualquier outro modo atenten contra su integridad moral”.

Portanto, como já foi abordado no capítulo anterior, existe uma finalidade punitiva, que consiste em “castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que há cometido”.

Segundo Grima Lizandra:

Esta finalidad punitiva es sociológicamente menos frecuente. Ejemplo paradigmático de tortura con esta finalidad es el caso del funcionario de policía que detiene a una persona en cumplimiento de una orden judicial de busca y captura por un grave delito y sin practicar diligencia alguna de interrogatorio ni investigación sobre el hecho, procede a golpearla como escarmiento por aquel (presunto) delito.¹⁸³

2.5. Jurisprudência Espanhola.

Apresentamos, a seguir, uma seleção de decisões judiciais de várias áreas do sistema jurídico espanhol que abordam o delito de tortura.

2.5.1. Resoluções do Tribunal Supremo.

2.5.1.3. Decisões condenatórias.

a) Decisões condenatórias, que resultaram no óbito da vítima.

STS 5 diciembre 2000

Núm. 1865/2000. Ponente: Bacigalupo Zapater.

Posible delito del antiguo artículo 204bis: se anula resolución absolutória de instancia sobre un caso en el que dos guardias civiles golpean en el suelo a dos detenidos que intentaron huir después de reducirlos. Uno de ellos muere horas después de una hemorragia epidural en la cabeza com origen traumático.

¹⁸³ GRIMA LIZANDRA, Vicente. *Los delitos de tortura y tratos degradantes por funcionarios públicos*. Valencia: Tirant lo blanch, 1998, p.119.

STS 29 septiembre 2000

Núm. 1472/2000. Ponente: García-Calvo y Montiel.

Tortura cometida por particulares (integrada en un delito de asesinato): en un intervalo de hasta tres horas, los dos acusados, para obligar a la víctima a que diera la información que pretendían, le golpearon fuertemente con la culata de la escopeta en la cara (en zona de nariz y labios), le quemaron la mama con una brasa y, al conseguir su objetivo, la mataron de un tiro de escopeta.

STS 24 mayo 1999

Núm. 803/1999. Ponente: Jiménez Villarejo.

Caso Alcàsser: Torturas subsumidas en varios delitos de violación y asesinato.

STS 26 abril 1999

Núm. 612/1999 (Ar 1999/3216). Ponente: García Ancos.

Tortura subsumida en asesinato: mimos hechos de la STS 29 septiembre 2000 (núm. 1472/2000).

b) Decisões condenatórias em que o sujeito ativo é particular.**STS 22 enero 2001**

Núm. 59/2000. Ponente: Abad Fernández.

Particulares que secuestran a outro y le aplican métodos de sufrimiento (arrancamiento de uñas y pellizcos en el pene con alicates, entre otros) para que entregue una cantidad de droga, o en su defecto, de dinero: torturas (*sic*) en concurso com lesiones y com detención ilegal, todo ello penado por separado.

STS 14 abril 1997

Núm. 490/1997 (Ar. 1997/2821). Ponente: García-Calvo y Montiel.

Tortura a los efectos del artículo 501.4º CPTR 73: víctima de un robo a quien los autores simulan ejecutar de un disparo en la sien apretando el gatillo de una pistola de perdigones y le causan una serie de cortes superficiales en la frente, párpados y dedos con una navaja, además de diversas amenazas: penetración anal, cortarle la oreja, quemarle el coche.

c) Decisões condenatórias. Delito de tortura na modalidade omissiva.

STS 18 marzo 1997

Número 343/1997 (Ar. 1997/2523). Ponente: Bacigalupo Zapater.

Delito omissivo del artículo 204 bis CPTR 73: en los interrogatorios y con el fin de obtener información, por personas no identificadas y con consentimiento de los funcionarios condenados, instructor y secretario del atestado, se aplicaron al sujeto pasivo electrodos en la espalda y en la cabeza durante los tres primeros días que estuvo en la comisaría, lo que lo produjo pequeñas equimosis diseminadas por el canal vertebral.

STS 19 diciembre 1996

Núm. 1034/1996 (Ar. 1996/9010). Ponente: Delgado García.

Teniente y Cabo primero de la Guardia Civil condenados por un delito de torturas del artículo 204 bis CPTR 73 porque, siendo respectivamente instructor y secretario de las diligencias policiales relativas a las perjudicadas, permitieron que sujetos no identificados las maltrataran con el fin de obtener información acerca de la banda terrorista ETA.

STS 18 julio 1997

Número 1050/1997 (Ar. 1997/6069). Ponente: Delgado García.

Delito del antiguo artículo 204 bis CPTR 73 en su modalidad omissiva: instructor y secretario de atestado policial que no impidieron que funcionarios a su cargo cometieran actos de tortura sobre los interrogados. El elemento subjetivo

consistente en la finalidad de obtener una confesión o testimonio se infiere concurrente, dado el carácter de detenidos sometidos a indagación que tenían las víctimas.

STS 25 enero 1999

Número 801/1999 (Ar 1999/472). Ponente: Conde-Pumpido Tourón.

Delito de tortura del antiguo artículo 204 bis CPTR 73: doce funcionarios de policía que rodean a la detenida y la golpean a la vez que la interrogan. Hay delito de prevaricación en la conducta del instructor y el secretario quienes, aun no tomando parte en las torturas, pudieron apreciar personalmente el lamentable estado de la detenida al hacerse cargo del atestado y no hicieron ninguna averiguación sobre lo sucedido.

d) Decisiones condenatorias. Tortura indagatoria.

STS 30 enero 1997

Núm. 101/1997. Ponente: García Ancos.

Tortura a los efectos del delito de lesiones del artículo 421.3 CPTR 73: desnudar a la víctima dejándola en ropa interior, atarla por el cuello, muñecas y tobillos inmovilizándola y golpearla para que cuente bajo amenaza de estrangulamiento, qué relación tienes con otra persona.

STS 3 noviembre 1998

Núm. 1326/1998 (Ar. 1998/8569). Ponente: Marañón Chávarri.

Delito de torturas (artículo 204 bis CPTR 73): detenido por error por la policía al que, como “no daba respuestas satisfactorias a las preguntas que se realizaban, y con el fin de obtener aquéllas, el acusado M procedió a introducir la cabeza del detenido repetidas veces en el inodoro, al tiempo que tiraba de la cadena, siendo observada dicha acción por F, quien no sólo no llevó a cabo acto alguno tendente

a impedir dicha vejación, sino que, junto con el otro acusado, golpeaba repetidamente al detenido en el vientre, sin que conste la existencia de lesiones”.

STS 23 marzo 1996

Núm. 257/1996. Ponente: Martín Pallín.

Contra la negación por la defensa de que los malos tratos hubieran tenido lugar con el fin de obtener una confesión o testimonio y de que los golpes fueron debidos a una reacción del acusado ante determinadas manifestaciones del detenido: “la narración de hechos probados es clara y terminante en cuanto a la secuencia con la que se desarrollaron los acontecimientos. En primer lugar existe una orden conminativa para que el detenido se desnude, tratando con ello de vejarse injustificadamente e intimidarle psicológicamente. A continuación el acusado le ordena que se siente en una silla y comienza a interrogarle insistentemente sobre si llevaba droga y a quién se la compraba y ante las negativas que recibía lo maltrató de obra, haciéndole caer de la silla y propinándole una patada. La acción se desarrolla en el curso de una investigación policial, empleando métodos absolutamente reprobables para obtener información y ocasionando lesiones calificadas como falta del artículo 582 del Código Penal, lo que tipifica un delito de torturas, previsto y penado en el artículo 204 bis, párrafo segundo”. (CPTR 73)

STS 11 junio 1992

Núm. 1386/1992 (Ar. 1992/5058). Ponente: De Vega Ruiz.

Tres condenados, uno de ellos funcionario policial, otro confidente y el tercero dueño de un comercio, que detienen ilegalmente y presionan con malos tratos a las víctimas para que confiesen un supuesto delito cometido contra el tercero (el Policía que con su confidente, para ayudar y atender al amigo también condenado, tratan de obtener, como sea, la confesión de otras personas presuntamente autoras de la sustracción de un reloj de oro a éste perteneciente”): delito del

artículo 204 bis CPTR 73 en el caso del policía, falta de lesiones en los otros dos casos.

STS 20 noviembre 1995

Núm. 1154/1995. Ponente: Conde-Pumpido Tourón.

Delito del artículo 204 bis CPTR 73: guardias civiles que maltratan a un detenido en el interrogatorio.

STS 12 julio 1995

Núm. 873/1995. Ponente: Montero Fernández-Cid

Tortura a los efectos del delito de lesiones (artículo 421.3 CPTR 73): golpear repetidamente a la víctima para obligarla a dar cierta información.

STS 30 septiembre 1998

Núm. 1117/1998. Ponente: Granado Pérez.

Llevar a un detenido hasta un lugar de monte descampado, sacarlo del coche, desnudarlo, golpearlo con un objeto no identificado y arrastarlo por el suelo al tiempo que le preguntaban por su nombre, por el lugar donde se hallaba un “zulo” y por los nombres de sus compañeros: se rebaja la pena impuesta por la SAP 7 noviembre 1997 pasando la calificación del párrafo primero al párrafo segundo del artículo 204 bis CPTR 73.

STS 3 julio 1998

Núm. 873/1998. Ponente: Granados Pérez.

Delito del artículo 204 bis CPTR 73: en el curso de los interrogatorios, con la finalidad de obtener del detenido una confesión sobre su participación en los hechos, los policías lo golpearon en reiteradas ocasiones

STS 2 junio 1998

Núm. 727/1998. Ponente: Bacigalupo Zapater.

En el interrogatorio que se practicó al detenido en una dependencia policial, mientras se le requería información sobre actividades y personas relacionadas con la banda armada E.T.A. , fue repetidamente golpeado en el pecho y los testículos por personas no identificadas. El inspector condenado entró circunstancialmente y golpeó al detenido con el puño en el abdomen y estómago mientras le decía “asturiano renegado”, “hijo de puta” y preguntaba “para qué quieres estudiar euskera: delito del artículo 204 bis CPTR 73, sin que obste a ello el carácter circunstancial de la intervención.

f) Outras Decisões condenatórias.

STS 4 mayo 1998

Núm. 589/1998 (Ar. 1998/4606). Ponente: Martín Canivell.

Delito del artículo 174 CP, modalidad no grave: “usar contundentemente un instrumento de forma alargada y con suficiente dureza para causar vivo dolor físico a la persona a quien, con él, golpeó, y causó lesión (...), estando el sujeto pasivo con las manos esposadas y a la merced del agente del hecho, (pero) ni la duración, de tan sólo unos minutos, de tal situación, ni la importancia de las lesiones en tal forma causadas, permiten calificar de grave el atentado contra la integridad moral de la víctima”.

STS 5 julio 1995

Núm. 683/1995 (Ar. 1997/4519). Ponente: Hernández Hernández.

Delito del antiguo artículo 204 bis CPTR 73: instructor de atestado cuya participación directa en la ejecución de las sevicias no estaba probada, pero sí la de otros funcionarios.

STS 15 enero 1997

Núm. 47/1997. Ponente: Granados Pérez.

Puñetazos en la cabeza, cara y el estómago a la víctima desnuda y atada con su propio cinturón. Los autores, tirando del cinturón lo arrastraron por el suelo pateándole todo el cuerpo. Asimismo le echaron tierra en los ojos y se mearon encima, al tiempo que se reían de él. Con un mechero quemaron sus ropas y le prendieron los pelos de la cabeza, así como el vello de su pecho y zona genital, quemándole también con cigarrillos en diversas partes del cuerpo. Circunstancias que determinan la calificación de los hechos conforme el artículo 421 CPTR 73, más allá de la falta de lesiones que correspondería por los menoscabos físicos producidos.

STS 16 junio 1995

Núm. 774/1995. Ponente: Martín Pallín.

Delito del antiguo artículo 204 bis CPTR 73: funcionario de prisiones que entra en una celda y golpea a un recluso con el que había tenido un altercado un mês antes.

STS 23 enero 1995

Núm. 28/1995. Ponente: Martín Pallín.

Funcionario de policía que veja y amenaza a un detenido hasta que consigue que firme una declaración dictada por el primero: artículo 204 bis CPTR 73.

STS 30 enero 1992

(Ar. 1992/609). Ponente: Carrero Ramos.

Golpes a detenidos por parte de guardias civiles en el curso de un interrogatorio: condena a los ejecutores y al teniente que lo consintió. En el delito de tortura la alevosía es inherente a su comisión, ya que sólo puede tener lugar estando el detenido a disposición de los funcionarios y sin posibilidad de defensa.

STS 5 noviembre 1990

(Ar. 1990/8667). Ponente: Díaz Palos.

Caso Rueda. Hechos anteriores a la vigencia del artículo 204 bis CPTR 73.

STS 14 mayo 2001

Ponente: Giménez García.

Condena a una decena de guardias civiles como autores de diversas modalidades de tortura del 204 bis CPTR 73 realizadas a lo largo de varios días sobre unos jóvenes, detenidos por haber intervenido en una pelea nocturna contra unos compañeros del mismo cuerpo.

STS 31 mayo 1999

Número 885/1999 (Ar. 1999/3568). Ponente: Martínez Arrieta.

Se considera probado que los autores materiales de los hechos contra la integridad moral eran agentes de policía no identificados y se condena al instructor y al secretario del atestado.

2.5.1.2. Decisões absolutórias (que absolvem os autores ou desclassificam para outros tipos de delitos).

a) Decisões absolutórias.

STS 2 abril 2001

Ponente: Martín Canivell.

Absuelve a los condenados en SAP Vizcaya 4 marzo 1999 (véase infra), por falta de base probatoria suficiente al no estar acreditado que los condenados tuvieran necesariamente que conocer la realización de malos tratos por parte de personal a sus órdenes.

STS 12 diciembre 2000

Núm. 1899/2000. Ponente: Prego de Oliver y Tolibar

No hay delito del antiguo artículo 204 bis en el hecho de que una agente de policía municipal, en dependencias policiales, obligue a desnudarse para el cacheo a una detenida acusada mediante llamada anónima de vender drogas, la cual no quiso identificarse en la vía pública.

STS 21 noviembre 2000

Núm. 182/2000. Ponente: Abad Fernández.

No hay simple vejación leve del artículo 620.2 CP, sino abusos sexuales del artículo 181: sujeto que, “aprovechando que una joven de once años había entrado en una tienda de su propiedad, la besó en la cara más de una vez, frotó su mejilla contra la de ella, le tocó el vientre por encima del pantalón que vestía y la invitó a que se subiera la camiseta para besarla en el pecho”.

STS 19 febrero 2001

Núm. 279/2001. Ponente: Granados Pérez.

Jefe de Centro Penitenciario que golpea con el puño a recluso en la cara para obligarlo a ceder en su resistencia a ser esposado, mientras es sujetado por varios funcionarios: falta de lesiones.

STS 19 julio 2000

Núm. 326/2000. Ponente: Marañón Chávarri

Agentes de policía que, molestos porque un ciudadano les recrimina que beban estando de servicio, lo detienen y, una vez en comisaría, lo golpean con la porra estando esposado: el tribunal de instancia no apreció delito de torturas (SAP Barcelona 6 mayo 1998: condenó por detención ilegal y falta de lesiones), lo que no fue impugnado ante el TS.

STS 6 abril 2000

Número 588/2000 (Ar. 2000/3438). Ponente: García-Calvo y Montiel.

Confirma SAP Coruña 8 octubre 1988 (núm. 107/1998, Ar. 1998/4527).

Delito del artículo 175 y no simple falta de coacciones: policía local que exige a persona a la que conocía por ser el abogado de su mujer en un proceso de separación, que se identifique y declare su domicilio con gestos que provocan en éste impotencia y temor: “los hechos relatados revisten categoría delictiva ante la transcendencia que ofrecen, tanto por el específico abuso de las funciones que el condenado detentaba como agente de la autoridad, ejerciéndolas innecesariamente y por razones particulares, como por la forma en que se exteriorizó públicamente dicho comportamiento, el conocimiento previo y preciso que el acusado tenía de la identidad y profesión del sujeto pasivo de tan expeditiva y vejatoria actuación”.

STS 1 octubre 1999

Número 1396/1999 (Ar. 1999/7597). Ponente: Giménez García.

La amenaza de un padre a su hija menor con suicidarse si no accede a mantener relaciones sexuales con él constituye el anuncio de un mal relevante contra su integridad moral (cargar en su conciencia con la muerte del padre) suficiente para constituir intimidación a los efectos típicos del delito de lesiones.

STS 1 julio 1999

Número 1112/2000. Ponente: Martínez-Pereda Rodríguez

Confirma absolución por falta de pruebas en delito de torturas imputado a unos agentes de policía.

STS 18 enero 1999

Núm. 53/1999 (Ar 1999/393). Ponente: De Vega Ruiz.

No hay delito del artículo 204 bis CPTR 73: policía sin uniforme que golpea brutalmente en un portal a persona detenida por error que se había resistido a la detención antes de hacerle ninguna pregunta y sin hacer referencia a que se quisiera obtener información alguna. Aunque después otros policías le preguntarán sobre cierto paquete, ello no basta para afirmar que la paliza fuera propinada con el fin de obtener una confesión o testimonio.

STS 11 diciembre 1998

Número 1547/1988 (Ar. 1998/10340). Ponente: Jiménez Villarejo.

Absolución por prescripción de los guardias civiles condenados en el caso Linaz (STS 13 diciembre 1993).

STS 17 octubre 1998

Núm. 1077/1998. Ponente: Bacigalupo Zapater

Delito de lesiones del artículo 147.1 CP con la agravante de prevalimiento de carácter público: policías que agreden gratuitamente a dos peruanos. Hechos cometidos bajo CPTR 73: falta el fin de obtener una confesión.

STS 29 septiembre 1998

Núm. 1122/1998 (Ar. 1998/7370). Ponente: Ramos Gancedo.

Delito del artículo 173 CP: individuo que, celoso por la relación del sujeto pasivo con su esposa, lo maniató a una barandilla, lo desnuda y le coloca en el pene un preservativo supuestamente infectado de sífilis, le obliga a relatarle sus encuentros sexuales con su esposa y a hacer unas declaraciones ante una cámara de vídeo, lo golpea varias veces rompiéndole las gafas y le hace suplicar por su vida antes de liberarlo.

STS 22 septiembre 1998

Núm. 1059/1998. Ponente: Mórner Muñoz.

Guardias civiles golpean a un detenido que después muere. El tribunal de instancia absolvió por falta de pruebas y el TS casa de la SAP por falta de claridad en los hechos probados.

STS 26 junio 1998

Número 874/1998. Ponente: Prego de Oliver y Tovar

Absolución a un acusado por delito contra la salud pública al que se le descubrió la droga por el procedimiento de desnudarlo en comisaría y obligarlo a hacer flexiones: véase STS 11 mayo 1996.

STS 2 marzo 1998

Núm. 285/1998 (Ar. 1998/1759). Ponente: De veja Rui

No hay delito del artículo 204 bis CPTR 1973 cometido por funcionarios de prisiones: medidas restrictivas excepcionales sobre internos muy violentos y peligrosos que se consideran proporcionadas a los hechos gravísimos y reiterados en que se fundan.

STS 24 febrero 1998

Núm. 1050/1997 (Ar. 1998/960). Ponente: Delegado Garcia.

Carácter de autoridad de los directores de centros penitenciarios.

STS 6 junio 1997

Núm. 799/1997 (Ar. 1997/4594). Ponente: De Veja Ruiz.

Consideraciones generales sobre la diferencia entre la tortura y los tratos degradantes.

STS 18 febrero 1997

Núm. 1106/1997 (Ar. 1997/1131). Ponente: Soto Nieto.

No hay delito del artículo 204bis CPTR 73 por no haber interrogatorio: agentes de policía que golpean reiteradamente a un detenido esposado e inmovilizado.

STS 11 mayo 1996

Núm. 446/1996. Ponente: Martín Pallín.

Absolución a un acusado por delito contra la salud pública al que se le descubrió la droga que ocultaba en el recto por el procedimiento de desnudarlo en comissaría y obligarlo a hacer flexiones: “es incuestionable que se pudieron utilizar

métodos alternativos que lesionasen en menor medida la dignidad y la intimidad de la persona. El hecho de desnudar a una persona implica un ataque a su intimidad y si además se le obliga a realizar flexiones supone someterle a un trato humillante y degradante que vulnera los arts. 18.1 y 15 CE e invalida la prueba así obtenida”.

STS 6 mayo 1996

Núm. 385/1996 (ar. 1996/4546). Ponente: García-Calvo y Montiel.

Aplica la falta de vejación leve del antiguo artículo 584.3 CPTR 73 al responsable de una residencia por omisión de cuidados y trato degradante a ancianos allí alojados.

STS 2 febrero 1996

Núm. 61/1996. Ponente: Martínez-Pereda Martínez.

Funcionarios de prisiones que golpean a reclusos después de ser agredidos: no se aplica el artículo 204 bis CPTR 73, sino el artículo 187.5 del mismo (rigor innecesario).

STS 22 septiembre 1995

Núm. 929/1995 (Ar. 1995/6743). Ponente: De Veja Ruiz.

No hay delito del artículo 204 bis CPTR 73, ya que no hay pruebas de que los ertzainas acusados hubieran cometido los actos imputados por los detenidos.

STS 20 mayo 1995

Núm. 672/1995. Ponente: Bacigalupo Zapater

Funcionarios de policía que golpean y detienen gratuitamente a un hombre de hasta que se le cae el DNI y conocen que es español: falta de lesiones y tipo privilegiado.

STS 6 abril 1995

Núm. 530/1995. Ponente: Delgado García.

Diversos actos de tortura y vejaciones absorbidos por delitos de robo con violación y otros tipos.

STS 13 diciembre 1993

Núm. 2813/1993 (ar. 1993/9241). Ponente: Martínez-Pereda Rodríguez.

Caso Linaza: varios guardias civiles y mandos condenados por el 204 bis CPTR 73 y por delito de prevaricación, por haber realizado los hechos, no impedirlos y no perseguirlos, según el caso. El CP 1995 determinó la ulterior absolución por prescripción (STS 11 diciembre 1998).

STS 18 mayo 1993

Núm. 1169/1993 (ar. 1993/4169). Ponente: García Miguel.

No hay delito del artículo 204 bis CPTR 73: falta del ánimo de obtener una confesión.

STS 10 marzo 1992

Ponente: De Vega Ruiz.

Casa parcialmente la SAP Bilbao 4 enero 1990, pero no en lo que afecta al delito llamado de tortura.

STS 29 octubre 1991

Ponente: García Ancos.

Niño de 8 años deficiente mental que es golpeado y quemado con cigarrillos por su madre y su compañero: abandono de familia y lesiones.

3. A conduta típica no Direito Brasileiro.

O inciso III do artigo 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988 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 à 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".

Com fundamento neste dispositivo constitucional emergiu a Lei 9.455/97, que disciplina a tortura no Direito Brasileiro. O Congresso Nacional votou projeto de lei, criminalizando a tortura, que foi sancionado pelo Presidente da República, e converteu-se na lei 9.455, de 7 de Abril de 1997.

Antes da Lei 9.455/97, a tortura era crime apenas quando praticada contra crianças e adolescentes, em virtude do Estatuto da Criança e do Adolescente. Esta lei especial disciplinava tal fato no art. 233, tipificando como crime: "submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância, à tortura". Observamos, contudo, que não existia a definição da tortura.

O artigo 1º da Convenção Contra a Tortura, da ONU, todavia, traz em sua parte final disposição que será extremamente útil de ser analisada, 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.

Boulesba 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. Àquelas impondo ao Estado-parte adotar medidas, e estas exigindo o monitoramento das mesmas, 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.

Sendo tais obrigações de implementação imediata, 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 os mesmos operam no cotidiano, monitorando sua implementação pelos diversos órgãos do Executivo, e pelo próprio Judiciário.

3.1. Breve visão das espécies de tortura no Direito Brasileiro.

No Direito Brasileiro existem as seguintes espécies de tortura:

- a) Tortura indagatória ou tortura prova;
- b) Tortura como crime meio;
- c) Tortura racial ou discriminatória;
- d) Tortura pena.

No Brasil o conceito de tortura indagatória está disposto no art 1º da lei brasileira 9.455/97, que dispõe, nestes termos:

“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 [...]”.

Interpretando este artigo, observa-se que existe a exigência do constrangimento (submetimento) contra alguém mediante violência (agressão física ou sofrimento mental – ex. Privação do sono, uso de drogas) ou grave ameaça (intimidação ou anúncio de um mal futuro, seja a pessoa da vítima ou alguém que lhe é próximo). Saliente-se que a ameaça grave afeta o intelecto, ocasionando o sofrimento mental.

Para a configuração desta espécie de tortura indagatória, exige-se uma especial finalidade do agente, que é a obtenção da informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa. Portanto, nesta classe de tortura não é necessário que se alcance a informação pretendida, pois a consumação ocorre com o sofrimento físico ou mental, decorrente do constrangimento.

Vale ressaltar também que não interessa a natureza do fato referente à declaração pretendida. Portanto, pode ser um fato penal, comercial, pessoal etc.

No que se refere ao sujeito ativo, poderá ser qualquer pessoa, tanto o funcionário público como o particular. Aliás, em todas as espécies de tortura existe esta característica, exceto no crime omissivo.

No Brasil esta espécie de tortura indagatória é comumente utilizada. Este tipo de tortura substituiu a tortura em razão do delito de opinião ou que tinham

como causa a contestação ao governo, exemplos típicos da ditadura militar. Segundo denúncia da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, em subsídio apresentado ao Relator Especial para a tortura da ONU:

As pessoas vítimas de tortura e que encontram dificuldade em acessar a Justiça para denunciá-la e obter reparação são em geral pobres e sem influências econômica, social ou política. Uma parte numerosa é de pessoas detidas acusadas ou suspeitas de delitos. Durante os interrogatórios ou mesmo no ato da detenção são submetidas à tortura e outros tratamentos desumanos. Para arrancar uma confissão do acusado sobre a prática de determinado ilícito ou para extorquir uma informação útil, a tortura é empregada como instrumento de apuração de crimes.¹⁸⁴

Quanto a tortura como crime meio, está prevista na alínea b do inciso I do artigo 1º da Lei 9.455/97, que define o delito de tortura como meio para a realização de outro delito (“para provocar ação ou omissão de natureza criminosa”). Exemplo típico de tortura como crime-meio é aquela praticada pelo chefe da quadrilha contra um dos seus componentes para que realize ação ou omissão de natureza criminosa.

Por sua vez, na tortura racial ou discriminatória, prevista na alínea c do inciso I deste mesmo artigo, há uma exigência de uma especial motivação do agente (em razão de discriminação racial ou religiosa). Entende a Doutrina¹⁸⁵ (Luís Flávio Gomes, José Carlos Dias) que se a discriminação for em razão de motivação sexual ou regional não se enquadraria neste tipo de delito.

E por fim, a tortura pena que está prevista no artigo 1º, inciso II da Lei 9.455/97, que consiste em submeter alguém sob sua guarda (seja jurídica ou fática), ou poder (relações públicas, ex. Pessoa legalmente detida) ou autoridade (relações privadas, ex. Curatela, tutela), mediante violência ou grave ameaça, a

¹⁸⁴ Disponível em <<http://www.dhnet.org.br>> Acesso em: 27/10/2005.

¹⁸⁵ GOMES, Luiz Flávio. Tortura: Lei 9.455/97 em Estudos de Direito Penal e Processual Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Portanto, este delito absorve os delitos de maus-tratos e lesão leve. Conforme já mencionamos será sujeito ativo tanto o funcionário público quanto o particular.

3.2. Jurisprudência Brasileira.

Apresentamos, a seguir, uma seleção de decisões judiciais de várias áreas do sistema jurídico brasileiro que abordam o delito de tortura.

3.2.1. Decisões condenatórias. Superior Tribunal de Justiça

**Acórdão. Num: 2003.01.007110-0 UF: RJ Decisão: 16/09/2003
Proc: Rcrimfo - RECURSO CRIMINAL (FO) Cód. 320 . Publicação. Data da
Publicação: 07/11/2003 Vol: Veículo: DJ**

Ementa

RECURSO CRIMINAL. REJEIÇÃO DE DENÚNCIA. ATIPICIDADE. PRISIONEIRO DE GUERRA. VIOLÊNCIA CONTRA INFERIOR.

Militares denunciados pelo cometimento do delito de violência contra inferior, por haverem, durante exercício de "prisioneiro de guerra", aplicado choques elétricos em recrutas. Denúncia rejeitada, por atipicidade.

Embora seja exigido de militares, em exercícios especializados, um treinamento mais rígido, não pode, porém, esse rigor ultrapassar os limites permitidos pela Convenção de Genebra, da qual o Brasil é signatário.

Recurso do MPM provido, com o recebimento da Denúncia por este Tribunal, determinando ao Juízo a quo o prosseguimento do feito.

Decisão unânime. Ministro Relator: JOSÉ LUIZ LOPES DA SILVA

Acórdão

Num: 1992.01.046831-5 UF: RJ Decisão: 11/05/1993. Proc: Apelfo - APELAÇÃO(FO) Cód. 40. Publicação. Data da Publicação: 09/08/1993 Vol: 01893-01 Veículo: DJ

Ementa

Ofensa aviltante a inferior e lesões corporais. Aplicação dos artigos 176 e 209 do CPM, com circunstancias agravantes. As lesões corporais resultantes da violência incita no tipo do art. 176 do CPM consideram-se autonomamente para efeito de aplicação da sanção penal, por força do cumulo material determinado pelo parágrafo único daquele dispositivo. - confirmada a sentença condenatória de primeiro grau, inteiramente arrimada no contexto probatório. Pratica o crime do art. 176 do CPM o militar que para interrogar subalterno, por ele tido como suspeito, amarra-lhe pés e mãos, mantendo-o nessa posição aviltante ate obter a confissão desejada. - improcedência da arguição de nulidade processual

Decorrente da intervenção de juiza-auditora, na fase inicial da investigação criminal. A manifestação da magistrada, em face de representação da vitima, não contamina o processo, regularmente instaurado com o recebimento da denúncia.

Ministro relator: ALDO DA SILVA FAGUNDES

Ministro Revisor: WILBERTO LUIZ LIMA

3.2.2. Superior Tribunal de Justiça. Decisões absolutórias.

**Acórdão Num: 1999.01.048360-8 UF: CE Decisão: 28/09/2000
Proc: Apelfo - APELAÇÃO(FO) Cód. 40 . Publicação. Data da Publicação:
26/10/2000 Vol: 10100-07 Veículo: DJ**

Ementa

LATROCÍNIO. AUSÊNCIA DE CURADOR AO INDICIADO MENOR NO INQUÉRITO POLICIAL. RÉUS NÃO INFORMADOS DO DIREITO AO SILÊNCIO. ALEGAÇÕES DE CONFISSÕES OBTIDAS SOB TORTURA NA FASE POLICIAL. DECRETO CONDENATÓRIO EMBASADO EM PROVA EXTRAJUDICIAL. "QUANTUM" DA AGRAVAÇÃO DA PENA BASE.

A ausência de curador ao indiciado menor no Inquérito Policial não causa nulidade da ação penal subsequente, mas suprime o valor probante da confissão extrajudicial.

A falta de informação ao réu do seu direito ao silêncio, mesmo na fase pré-processual, normalmente importa em desconsiderar-se as declarações auto-incriminatórias por ele prestadas. Entretanto, uma vez que em Juízo os Acusados expuseram suas versões dos acontecimentos, optando pela intervenção ativa no processo, abdicaram do direito de silenciar, ficando suas declarações submetidas à valoração e ao confronto pelo Conselho de Justiça, não podendo pretender a volta à escolha do silêncio. Também, a garantia contra a auto-incriminação não alcança a delação de co-réu.(Precedentes no STF).

Não demonstrada nos autos a veracidade das alegações de tortura ocorrida na fase policial, deve as mesmas ser desconsideradas.

"O álibi, enquanto elemento da defesa, deve ser comprovado, no processo penal condenatório, pelo réu a quem seu reconhecimento aproveita"(STF, HC nº 68.964/7/SP).

É de ser mantida a condenação que tem por base, além das confissões extrajudiciais e delações de co-réu, depois retratadas, provas e indícios colhidos em Juízo, sob o crivo do contraditório, que confirmam a autoria do fato delituoso.

O CPM estabelece para o crime de latrocínio a pena mínima de 15(quinze) anos de reclusão. Eventual majoração será decorrente de apreciação pelo Juízo das circunstâncias do art. 69 do mesmo "codex", e não feita por analogia com a legislação penal comum.

A aplicação do "quantum" da agravação da pena-base, pela circunstância do art. 70, II, "d", do CPM, em seu mínimo - 1/5 (um quinto) - só se justifica quando as demais circunstâncias forem favoráveis aos réus, o que não ocorre no caso dos autos. Improvido o apelo defensivo. Provimento parcial do apelo ministerial para elevar a 1/4 o "quantum" da agravante do art. 70, II, "d", do CPM, a incidir sobre a pena-base cominada aos réus. Unânime.

Ministro Relator: JOSÉ JULIO PEDROSA

Ministro Revisor: ALDO DA SILVA FAGUNDES

**Acórdão. Num: 2003.01.007110-0 UF: RJ Decisão: 16/09/2003
Proc: Rcrimfo - RECURSO CRIMINAL (FO) Cód. 320 . Publicação. Data da
Publicação: 07/11/2003 Vol: Veículo: DJ**

Ementa

RECURSO CRIMINAL. REJEIÇÃO DE DENÚNCIA. ATIPICIDADE. PRISIONEIRO DE GUERRA. VIOLÊNCIA CONTRA INFERIOR.

Militares denunciados pelo cometimento do delito de violência contra inferior, por haverem, durante exercício de "prisioneiro de guerra", aplicado choques elétricos em recrutas. Denúncia rejeitada, por atipicidade.

Embora seja exigido de militares, em exercícios especializados, um treinamento mais rígido, não pode, porém, esse rigor ultrapassar os limites permitidos pela Convenção de Genebra, da qual o Brasil é signatário.

Recurso do MPM provido, com o recebimento da Denúncia por este Tribunal, determinando ao Juízo a quo o prosseguimento do feito.

Decisão unânime.

Ministro Relator: JOSÉ LUIZ LOPES DA SILVA

**Acórdão num: 1985.01.044370-3 uf: rj decisão: 12/12/1985
proc: apelfo - apelação(fo) cód. 40. publicação. data da publicação:
12/03/1986 vol: 00286-01 veículo: dj**

Ementa

Constrangimento ilegal. (por desclassificação do MPM em alegações finais): as imputações feitas aos apelados não restaram provadas. As testemunhas arroladas não presenciaram ou constataram os fatos descritos. Algumas ouviram dizer, outras os negaram. A materialidade, fundamental 'in casu', não ficou comprovada. as principais partes interessadas, ofendidos e acusação, não requereram o exame de corpo de delito indispensável a constatação dos maus-tratos e das torturas. Quem o fez foi a defesa dos apelados, não resultando qualquer verificação de vestígios das alegações apos quase três anos. As provas indiciarias, por si so, não bastam a condenação. E fundamental que sejam ligadas a provas concretas e estas inexistiram. Aplicação do principio 'in dubio pro reo'. Provimento negado ao apelo do MPM. Sentença absolutória mantida. Decisão unânime.

Ministro relator: Roberto Andersen Cavalcanti

Ministro revisor: Gualter Godinho

Acórdão

Num: 2003.01.007110-0 UF: RJ Decisão: 16/09/2003. Proc: Rcrimfo - RECURSO CRIMINAL (FO) Cód. 320. Publicação. Data da Publicação: 07/11/2003 Vol: Veículo: DJ

Ementa

RECURSO CRIMINAL. REJEIÇÃO DE DENÚNCIA. ATIPICIDADE. PRISIONEIRO DE GUERRA. VIOLÊNCIA CONTRA INFERIOR.

Militares denunciados pelo cometimento do delito de violência contra inferior, por haverem, durante exercício de "prisioneiro de guerra", aplicado choques elétricos em recrutas. Denúncia rejeitada, por atipicidade. Embora seja exigido de militares, em exercícios especializados, um treinamento mais rígido, não pode, porém, esse rigor ultrapassar os limites permitidos pela Convenção de Genebra, da qual o Brasil é signatário. Recurso do MPM provido, com o recebimento da Denúncia por este Tribunal, determinando ao Juízo a quo o prosseguimento do feito. Decisão unânime.

4. O concurso com outros delitos.

Neste item será abordado o estudo do concurso de delitos no âmbito do Direito Espanhol e do Direito Brasileiro.

4.1. Concurso de delitos na Espanha.(art. 177 do código Penal Espanhol).

Analizando-se o art. 177 do código Penal Espanhol, que determina: “Si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos o faltas cometidas, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la Ley”.

Este artigo 177 afirma a autonomia existente do bem jurídico “integridade moral”, tendo em vista que admite expressamente o concurso entre o delito contra a integridade moral e outros delitos que possam afetar a outros bens jurídicos, como a vida, integridade física ou liberdade sexual.

Podemos colocar uma situação concreta mencionada por Jacobo Dopico Gómez-Aller:

Busquemos un ejemplo extremo: quien tortura durante horas a otro y, tiempo después de que éste ha quedado inconsciente, lo mata, habrá cometido un delito ontra la integridad moral y, además, un delito contra la vida (posiblemente, un asesinato por alevosía). Esta separación permitiría hallar una diferencia entre la imagen del asesinato con ensañamiento¹⁸⁶ como producción de la muerte de otro entre tormentos (una de las imágenes posibles, desde luego no la única) y el concurso de un delito contra la vida con uno contra la integridad moral.¹⁸⁷

¹⁸⁶ DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. *La circunstancia agravante de ensañamiento y la protección de la integridad moral en el CP/1995*. Segundo este autor, o artigo 22.5 do CP estabelece que é uma circunstância agravante genérica “aumentar deliberada e inhumamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito”. Esta circunstância é denominada geralmente “ensañamiento”. Entretanto, o artigo 139.3 do CP estabelece expressamente este termo ao referir-se a uma circunstância agravante específica própria do assassinato, descrita como aumentar “deliberada e inhumamente el dolor del ofendido”.

4.2. Concurso de delitos no Brasil.

No Direito Brasileiro podemos citar algumas situações. No crime qualificado pelo resultado (crime preterdoloso) se da violência resultar lesão corporal grave (art. 129, § 1º do CP) ou gravíssima (Art. 129, § 2º do CP) a pena de reclusão será de quatro a dez anos. Neste caso, se o agente não pretendia torturar, mas apenas lesar a vítima, somente responderá pela lesão corporal grave ou gravíssima.

Por outro lado, se da violência resulta morte a pena será de reclusão de oito a dezesseis anos. Se o agente tinha a intenção de matar desde o início será considerado homicídio qualificado pela tortura, cuja pena é de 12 a 30 anos de reclusão. Se o agente queria apenas torturar e depois resolveu matar, existem duas posições. Alguns dizem que seria o caso de progressão criminosa, em que o crime maior (homicídio) absolve o crime menor (tortura). Outros dizem que seria concurso material de crimes, ou seja crime de tortura em concurso com o crime de homicídio. Para Luiz Flávio Gomes¹⁸⁸ devem ser separadas as seguintes hipóteses: tortura-castigo¹⁸⁹ e tortura-prova¹⁹⁰. Desta forma, para este autor, no caso de tortura castigo, haveria progressão criminosa (o homicídio surgiria na mesma linha de afetação do bem jurídico); e para o caso de tortura prova, haveriam dois crimes, ou seja, concurso material do delito de tortura e do delito de homicídio.

¹⁸⁷ DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. *La circunstancia agravante de ensañamiento y la protección de la integridad moral en el CP/1995*.

¹⁸⁸ GOMES, Luiz Flávio. Lei 9.455/97: Primeiras notas interpretativas. Periódico Themis: Revista da ESMEC. Fortaleza, 1997, pp. 177-180.

¹⁸⁹ Tortura castigo ou tortura pena é a conduta prevista no art. 1º, inciso II da Lei 9.455/97, que consiste em: "Submeter alguém, sob sua guarda, 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".

¹⁹⁰ A tortura prova está descrita no art. 1º, inciso I da Lei 9.455/97, que determina: "Constitui crime de tortura constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa."

5. Inadmissibilidade da Tortura em situações excepcionais. Proteção da Dignidade Humana.

Foi visto anteriormente que o art. 15 da Constituição Espanhola reconhece o direito à vida e à integridade física e moral, proibindo expressamente a tortura e as penas ou tratamentos desumanos e degradantes. Da mesma forma, vimos que a Constituição Brasileira no art. 5, inciso III determina que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

Os direitos fundamentais têm em sua origem um significado filosófico-político, pois significa o estabelecimento de limites ao poder. A defesa do princípio da dignidade humana e como corolário a proibição da tortura constitui direito fundamental do homem, assegurado nas mais diversas constituições, conforme mencionamos em diversas oportunidades.

Em um Estado social e democrático o princípio da dignidade é reitor de todas as condutas. Nada pode justificar a desobediência a esse princípio.

Conceituando o Estado social e democrático, estamos falando daquele que está a serviço de todos os cidadãos, ou seja, não poderá intervir em benefício de determinados grupos. Neste ponto, fica claro que a dignidade é fundamento de um estado social e democrático, porque a dignidade é característica imanente de todo e qualquer homem, ou melhor, não podem ser considerados dignos um grupo de homens em detrimento de outros homens.

O art. 2.2 da convenção da ONU de 1984 dispõe: “Em nenhum caso poderão invocar-se circunstâncias excepcionais, como ameaça ou estado de

guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública, como justificação para a tortura”.

Este artigo da convenção consiste em uma inderrogabilidade absoluta da proibição da prática da tortura, seja em qualquer situação, inclusive nas excepcionais (guerra, ameaça, instabilidade política interna ou outro estado de exceção).

Apenas para ilustrar, podemos observar o que passa no Direito Português. O art. 196, nº 6 da CRP estabelece o direito à integridade física, proibindo a prática da tortura. Desta forma as situações de exceção, como o estado de sítio e estado de emergência, apesar de autorizarem a suspensão de alguns direitos, não poderão nunca admitir a existência da tortura.

Resulta óbvio dizer que a tortura consiste em uma afronta à dignidade humana, pois transforma o ser humano em coisa. Neste diapasão, pensa Grima Lizandra:

La tortura significa una agresión a la dignidad humana. Al torturado se le niega su condición de persona y se le convierte en un objeto. El uso de la tortura significa degradar a la víctima de su condición humana, negarle su libertad, considerarlo “algo” sometido a leyes puramente mecanicistas: su cuerpo en manos del torturador tiene que reaccionar tal como éste pretende. Esta es la idea que está presente en la mente del torturador y que el torturado percibe y vive en su propia persona: “tu cuerpo es débil, tan débil que basta que te haga sufrir para que digas y hagas lo que yo quiera: no actuarás conforme a tu voluntad, sino conforme a la mía”. El torturado es considerado por el torturador como un simple objeto en sus manos, lo que supone negarle que es un fin en sí mismo (esencia de la dignidad).¹⁹¹

¹⁹¹ J. MOTANDO, Pedro. *La dignidad humana como bien jurídico tutelado por el Derecho Penal*. Actualidad Penal 19/5, 11 mayo 1997, p.64.

Entende-se, desta forma que a tortura questiona a dignidade do torturado como pessoa, sua capacidade e liberdade de decisão, sua integridade física e mental. Enfim, anula sua própria personalidade, negando seu direito de seguir sendo por dentro como a pessoa que é. Como mencionamos anteriormente, na visão de Grima Lizandra, que estamos em perfeita consonância, a tortura ofende a autonomia do indivíduo, cerceando sua liberdade, característica intrínseca da dignidade humana.

Ainda que a tortura indagatória tenha o objetivo do descobrimento da verdade, o torturador apenas admite a resposta que espera, ou seja, a vítima não apenas concede uma informação, mas reconhece o torturador como o dono e possuidor de sua palavra.

Por seu turno, existem situações consideradas como “eficientes”, quando através da utilização da tortura, realmente são obtidas informações, que deduzem a verdade. Ainda que seja “eficiente”, conforme entendimento de alguns, não pode ser admitida nem pode ser legitimada, nunca e em nenhum lugar. Admiti-la é rechaçar a dignidade da pessoa humana, fundamento para um estado democrático de direito. Ademais, não se pode proteger a legalidade utilizando de meios ilegais, isto é contraditório e extremamente perigoso. A prática da tortura é injusta e cruel.

Como foi visto anteriormente, a liberdade, e, por conseguinte, a autonomia do homem é uma das dimensões da dignidade. A liberdade é a expressão da grandeza do homem. Este é como um diamante ou uma obra de arte, ou seja, é único em sua espécie. Seguindo este raciocínio, a quantidade não significa nada. E uma pessoa não pode ser sacrificada contra sua vontade, ainda que este sacrifício se traduza no bem de muitas outras pessoas, ou quiçá de apenas uma outra pessoa supostamente mais digna. Neste sentido foi ministrada palestra na universidade Pablo de Olavide de Sevilla (Espanha), ocasião em que Claus Roxin, Catedrático emérito de Derecho Penal de la Universidad de Munich (Alemania),

analisou o fato ocorrido em setembro de 2002, quando foi sequestrado na Alemanha, o filho de 11 anos de idade de um banqueiro, por um jovem jurista de 28 anos de idade, que queria conseguir dinheiro pelo resgate.

Neste seqüestro supra citado, Daschner, vice-presidente da Polícia de Frankfurt, permitiu na manhã de 1º de outubro que ameaçassem torturar o acusado, se este não indicasse o paradeiro do menino seqüestrado, objetivando salvar a vida da vítima. Contudo, a vítima já havia sido assassinada pelo autor imediatamente depois do seqüestro. Portanto, não era possível o resgate.

Desde que ocorreu este caso, se discute na Alemanha se o comportamento do vice-presidente da Polícia foi conforme ao Direito, se Daschner deve ser castigado e se as informações obtidas do acusado mediante a ameaça de tortura podem ser usadas para provar sua culpabilidade.

Segundo Claus Roxin, em conferência ministrada na universidade Pablo de Olavide de Sevilla:

El deber de garantía de la dignidad humana no se puede limitar, ni siquiera mediante una ley que modifique la Constitución. Entre estas regulaciones legales que prohíben la tortura se encuentran numerosos convênios europeos e internacionales com el mismo contenido.¹⁹²

Participamos deste mesmo entendimento acerca da inadmissibilidade de qualquer tipo de limitação ao dever de garantir à dignidade humana.

O vice-presidente da Polícia, que ordenou a tortura, invocou o dever do Estado de “evitar prejuízos a seus cidadãos”. E Frankfurt Allgemeine Zeitung Brugger declara que em um sequestro é muito provável que a dignidade da vítima

¹⁹² Conferência ministrada por Claus Roxin, “catedrático emérito de Derecho Penal de la Universidad de Munich (Alemania)” realizada na Universidade Pablo de Olavide de Sevilla no dia 04 de março de 2004.

seja menosprezada, apesar de que o seu corpo, sua pessoa, ser utilizado como mero meio para o fim de extorquir. Deste modo, reflexiona Brugger, que em uma situação em que a dignidade enfrenta a dignidade, o ordenamento jurídico pode e deve colocar-se do lado da vítima e exigir do autor a revelação do esconderijo.

Roxin menciona que apesar de considerar convincente, não lhe parece correta a posição de Brugger. Em seu sentir:

[...] Ciertamente se puede decir que el secuestrador há vulnerado la dignidad humana de la víctima, al igual que hacen muchos delincuentes. Pero esto no legitima al Estado para atacar por su parte la dignidad humana del autor porque su superioridad moral frente al delincuente reside precisamente en que no utiliza los mismos medios que éste. Si al Estado le está prohibida toda vulneración de la dignidad humana y con ello también la tortura, entonces, lógicamente, no puede existir por su parte una vulneración de la dignidad humana en la omisión de medidas de tortura. Bien es verdad que el Estado está obligado a proteger la vida y la dignidad humana de sus ciudadanos en la medida de lo posible. Pero sólo en la medida de lo posible: la protección puede ser otorgada siempre sólo dentro de los límites establecidos a la actuación del Estado de Derecho. Entre estos límites se encuentra en primer lugar la prohibición de tortura.

Roxin analisa o caso do vice-presidente de polícia de Frankfurt, ressaltando o ponto de vista do policial, ou seja, o conflito de valores jurídicos fundamentais, que são a vida e a dignidade humana. Nesta situação, somente um valor poderia ser protegido, no caso, a conduta foi dirigida a salvar a vida. Para Roxin, o policial tomou o caminho equivocado. Seguindo Roxin, também participamos deste sentir, e apenas para ilustrar, ressaltamos mais uma vez a visão de Kant, ou seja, a de que o homem deve ser tratado sempre como um fim em si mesmo e não somente como um meio para usos quaisquer de esta ou aquela vontade.

Seguindo esta linha de pensamento, argumenta Alain Aeschlimann, jefe de la división de Protección del CICR (Comité Internacional de la Cruz Roja):

Es indudable que los Estados y las autoridades públicas tienen la obligación de adoptar todas las medidas posibles para proteger la seguridad pública. Sin embargo, deben cumplir esa obligación dentro de un marco jurídico que garantice el respeto de la dignidad humana. La detención y el interrogatorio de las personas que pueden proporcionar información sobre posibles amenazas deben ser conformes a esos principios fundamentales del derecho.¹⁹³

Podemos observar que, historicamente, sempre que a tortura é tolerada, o resultado é uma permissividade perigosa, que poderia alargar em demasiado e implicaria em muitos excessos. Mister ressaltar que se tais excessos persistem, ainda que a prática da tortura esteja criminalizada e seja repudiada de uma maneira globalizada (conforme os instrumentos internacionais de combate à tortura), imagine se passamos a aceitar situações excepcionais de admissibilidade da tortura.

Neste diapasão, de acordo com o que foi visto no capítulo dois, a legislação internacional é clara quanto ao tema, proibindo o uso de qualquer tipo de tortura e em qualquer situação.

Também entendemos que depois das atrocidades ocorridas durante a segunda guerra mundial, tais instrumentos internacionais devem ser continuamente defendidos e respeitados. Argumenta ainda Alain Aeschlimann, Chefe da Divisão de Proteção do CICR (“Comité Internacional de la Cruz Roja”):

Sin embargo, las normas acordadas a nivel internacional son mucho más estrictas cuando distinguen lo que es humano y legal de lo que no lo es. El derecho internacional, así como la mayor parte de las legislaciones nacionales, prohíbe comportamientos muy diversos, como los ultrajes contra la dignidad personal, los actos de violencia que atentan contra

¹⁹³Disponível em <<http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/iwplist265>> Acesso em: 20 de setembro de 2005.

la vida, la salud y el bienestar, cualquier forma de atentado al pudor, cualquier nivel de brutalidad, los tratos o castigos inhumanos, crueles, humillantes o degradantes, la coerción física o moral, la intimidación, y la mutilación o cualquier otra forma de castigo corporal.¹⁹⁴

As pessoas que defendem o uso limitado da tortura, aproveitam as preocupações da opinião pública em relação a violência, para justificar a utilização de maus tratos durante os interrogatórios. Em muitas ocasiões ocorridas no Brasil, podemos observar que, diante desta insegurança vivida por todos, a sociedade, de certa forma, urge por uma resposta imediata, que pode significar uma atuação dura da polícia, resultando em “mortes informais” e torturas. A sociedade, muitas vezes, está impregnada do sentimento de vingança. Deseja que o bandido seja efetivamente eliminado da sociedade, seja como seja.

É evidente que a tortura não pode constituir a resposta do Estado para o controle da violência. E repetindo as palavras de Roxin: “[...] pero esto no legitima al Estado para atacar por su parte la dignidad humana del autor porque su superioridad moral frente al delincente reside precisamente en que no utiliza los mismos medios que éste”¹⁹⁵. E da mesma forma, seguimos argumentando que o Estado não pode proteger a legalidade utilizando de meios ilegais, pois isto seria um contra-senso.

Neste diapasão compartilamos com as opiniões acima aludidas, pois entendemos que o Estado está obrigado a proteger a vida e a dignidade humana de seus cidadãos na medida do possível, dentro dos limites estabelecidos para a atuação de um Estado de direito.

¹⁹⁴ Disponível em <<http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/iwplist265>> Acesso em: 20 de setembro de 2005.

¹⁹⁵ Conferência ministrada por Claus Roxin, “catedrático emérito de Derecho Penal de la Universidad de Munich (Alemania)” realizada na Universidade Pablo de Olavide de Sevilla no dia 04 de março de 2004.

Acerca da eficiência da tortura menciona Tomás y Valiente:

[...]pero como procedimiento para averiguar la verdad, aunque ciertamente falle en muchos casos y pese a que provocará con toda seguridad más confesiones veraces, es innegable que resulta mucho más eficaz que cualquier rito mágico ordálico. Sobre todo teniendo en cuenta que su eficacia opera em um doble sentido: como médio para descubrir la verdad, y como instrumento para intimidar al torturado y a quienes se sienten potencialmente em su lugar. Si no fuera eficaz la tortura em su doble efecto inquisitivo e intimidativo, no estaríamos aqui y ahora hablando de ella; si no fuese eficaz no sería, como ha sido y tal vez sigue em cierta medida siendo, procedimiento empleado em períodos de fortalecimiento del poder, y em función principalmente de los delitos que hayan podido o puedan poner em cuestión los mecanismos y resortes últimos de ese mismo poder.¹⁹⁶

Tomás y Valiente argumenta que a tortura é eficaz, não tanto para o descobrimento da verdade, mas como instrumento intimidativo do Estado. Reflete o autor que mesmo que seja eficaz, como podemos conseguir que o Estado opte por renunciar o uso da tortura e aceite cumprir as medidas desta renúncia? Conclui que para que exista esta renúncia, o próprio Estado deve reconhecer que por cima da eficácia repressiva da tortura existem outros valores. É missão do Direito e de todas as pessoas lutarem pelo máximo de respeito aos direitos do homem. Nas palavras de Tomás y Valiente: “[...]No hay nada en la creación más importante ni más valioso que el hombre, que todo hombre, que cualquier hombre”.¹⁹⁷

Roxin analisa também o debate internacional acerca dos casos das “ticking time bomb situations”, ou seja, casos nos quais aquele que coloca uma bomba é detido pela Polícia, mas não quer revelar o esconderijo da bomba, ainda que sua explosão seja iminente e milhões de pessoas estão ameaçadas. Reflete que nestes casos, o autor da tortura está convencido de que sua atuação se dirige a

¹⁹⁶ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *La tortura Judicial em Espana*. Barcelona: Crítica, 2000, p.209.

manter o bem jurídico e salvaguardar a vida, elegendo o único caminho eficaz e com grande probabilidade para a sua proteção. E ainda, que se trata de uma situação singular, que provavelmente no voltará a ocorrer. Neste caso, entende Roxin:

[...] me parece discutible bajo las circunstancias mencionadas, que naturalmente tendrían que ser precisadas, todavía, una exclusión de responsabilidad suprallegal. Y ello porque la ley tiene que ser dura e inflexible en la determinación de lo justo y lo injusto cuando se trata de una norma fundamental como la prohibición de tortura. Pero en la cuestión de si el autor tiene que ser castigado en casos ético-sociales extremos tampoco es necesario que la justicia tenga corazón de piedra sino que puede ser indulgente, como hace en otras situaciones extremas y de conflicto.¹⁹⁸

Díaz Pita explica que nos países democráticos que vivenciam uma luta antiterrorista, existem duas caras: uma é a investigação dentro da legalidade, de grupos terroristas e de suas atividades; e a outra é mais sinistra, pois é levada a cabo por membros dos Corpos e Forças de Segurança do Estado, que atuam fora da cobertura legal de um Estado democrático.

Díaz Pita argumenta:

[...] los casos encuentra, as veces, una justificación en virtud de la desestabilización política y las secuelas de muerte, lesiones y daños que los atentados de estos grupos dejan como rastro. Y esta justificación há llegado, incluso, a reflejarse en la amplitud de las exigencias para considerar una conducta como constitutiva de tortura.[...] En efecto no se trata aquí más que de la justificación del uso de la tortura en aquellos países com problemas graves de terrorismo [...]¹⁹⁹

¹⁹⁷ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *La tortura Judicial em Espana*. Barcelona: Crítica, 2000, p.235.

¹⁹⁸ Conferência ministrada por Claus Roxin, "catedrático emérito de Derecho Penal de la Universidad de Munich (Alemania)" realizada na Universidade Pablo de Olavide de Sevilla no dia 04 de março de 2004.

¹⁹⁹ DÍAZ PITA, Maria del Mar. *El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral*. EPC 1997.

Neste diapasão Alberto Silva Franco mencionando Joan Queral Jimenez fala do quadro sócio-político espanhol, também pertinente em relação à realidade brasileira:

Suele argumentarse que ante la brutalidad de los hechos terroristas, el empleo de métodos expeditivos, aunque prohibidos por la Ley, pueden justificarse. Ello es um craso error por vários motivos. El primero de ellos es que no existe razón que mueva a comportarse como um caballero a quien tortura al presunto terrorista cuando se halla em presencia de outro tipo de delincuente; o dicho de outro modod: la tortura es uma práctica progresiva que no conoce limites; hoy puede ser el terrorismo y mañana el tráfico de drogas o siempre el oponente político o el ratero. La segunda razón estriba em la más crasa de lãs incompetências profesionales por parte de lãs autoridades y funcionarios policiales, apoyada por ciertas connivencias em otros sectores, cuanto más violenta y organizada es la delincuencia, tal como ocurre con el terrorismo y otras modalidades de bandolerismo moderno, a respuesta policial tiene que ser más sofisticada y mucho menos visceral. Esperar um comportamiento gentil y cooperativo por parte de un (presunto) delincuente es um soberano dislate. Lo difícil no es saltar la Ley a la tolera – máxime cuando cuadno se sabe de básicas complicidades, apoyoso y aplausos -; lo difícil es cumplir com la función de prevención y de averiguación de los hechos punibles siguiendo las pautas de la Ley; y, para eso, enpreimer lugar, hay que conocer la Ley.²⁰⁰

Ainda neste sentir menciona Tamarit Sumalla:

Por sus particulares características la tortura no admite otras causas de exención de responsabilidade criminal que las relativas a la inimputabilidad, aunque una aproximación criminológica a este delito revela que tal possibilidade sería extraña a la realidad cotidiana. La alusión del art. 15 CE a que la tortura se prohíbe 'en cualquier caso' há sido interpretada como la negación de toda posible justificación o exculpación basada en el estado de necesidad. Tan tajante

²⁰⁰ SILVA FRANCO, Alberto. *Tortura. Breves anotações sobre a lei 9.455/97*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. N. 19. Julho – Setembro 1997. p. 57.

prohibición constitucional priva de fundamento a todo intento de contextualizar la tortura (incluso con fines meramente atenuatorios) en la lucha por defender el orden público democrático frente a la subversión terrorista y permite resolver sin ulteriores consideraciones supuestos académicos como la tortura inflingida a un terrorista para arrancarle la información sobre el lugar donde há colocado un artefacto explosivo. Además del carácter intangible de la dignidad humana resulta fundamental en la prohibición incondicional de la tortura la desconfianza hacia la misma como método eficaz para la averiguación de la verdad, lo qual constituye un clásico argumento abolicionista que desempeñó un rol básico en la obra de Beccaria y otros reformadores. En la línea de lo sostenido, el art. 2.2 de la Convención de 1984 establece que 'en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier outra emergencia pública como justificación de la tortura.²⁰¹

Depois de tudo que foi esboçado, resulta óbvio dizer que a tortura é inadmissível em qualquer situação, inclusive nas excepcionais. Mister ressaltar que seria muito perigoso admitir a tortura somente para determinadas hipóteses, que são qualificadas de extrema gravidade, v.g., terrorismo (bomba-relógio). O problema consiste na sua inevitável extensão a outros casos, podendo chegar a converter-se em uma prática sistemática e institucionalizada.

Neste diapasão, a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, determina no artigo segundo acerca da inadmissibilidade da tortura. Argumenta este dispositivo, que em nenhum caso poderão invocar-se circunstâncias excepcionais, como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública, como justificação para a tortura. Portanto, a Convenção dispõe expressamente a inderrogabilidade da cláusula de proibição da tortura.

²⁰¹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Barcelona: Aranzadi, 2000, p.867.

VI. CONCLUSÕES.

01. A tortura é bastante antiga, existia desde os tempos dos povos primitivos, quando imperava a vingança privada como composição dos conflitos. Desta forma, analisando a tortura durante a idade antiga, idade média, idade moderna e idade contemporânea, percebe-se que ocorreram mudanças, transformando este fato legal em ilegal. Entretanto, ainda que ilegal, persiste nos dias atuais.

02. Existem valiosos instrumentos de combate a tortura. No âmbito internacional, podemos citar: Declaração Universal dos Direitos Humanos, Pacto Internacional sobre Direitos civis e políticos, Declaração sobre a proteção de todas as pessoas contra a tortura e outros tratos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, e a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Por seu turno, no âmbito regional, vale lembrar a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Convenção Européia para a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais e a Carta Árabe dos Direitos Humanos.

03. No que se refere ao bem jurídico protegido no delito de tortura, entendemos que a prática da tortura poderá resultar em uma ofensa à integridade física, mental, moral e até a própria vida. Entretanto, todos estes valores estão embutidos no conteúdo da dignidade humana.

04. A dignidade humana tem uma dupla dimensão: de um lado significa considerar o cidadão como um sujeito de direitos e não como um mero objeto; e de outro lado, supõe afirmar sua autonomia e capacidade de autodeterminação para o livre desenvolvimento de sua personalidade. Quando se trata de tortura indagatória, a integridade moral se identifica mais com a segunda dimensão da dignidade.

Enquanto que nos casos de tortura punitiva ou com outra finalidade, a integridade moral se identificará mais com a primeira dimensão.

05. Entende-se, desta forma que a tortura questiona a dignidade do torturado como pessoa, sua capacidade e liberdade de decisão, sua integridade física e mental. Enfim, anula sua própria personalidade, negando seu direito de seguir sendo por dentro como a pessoa que é. A tortura ofende a autonomia do indivíduo, cerceando sua liberdade, característica intrínseca da dignidade humana.

06. No Direito Espanhol existe um consenso de que o sujeito ativo do delito de tortura seja uma autoridade pública. Neste sentido, o artigo 174 do Código Penal Espanhol exige no seu tipo que “el sujeto activo sea autoridad o funcionario público”(parágrafo 1), ou ainda “autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores (parágrafo 2).

07. No Direito Brasileiro a lei 9.455/97 disciplina diferentemente do Código Penal Espanhol, porque não exige a vinculação do sujeito ativo ao Estado. A doutrina brasileira divide-se acerca desta necessidade, predominando-se o entendimento de que é mais adequado que o sujeito ativo tenha esta vinculação ao Estado.

08. Analisar a polícia como sujeito ativo requer observar aspectos como dignidade e educação. É mister a formação do policial para que a ação policial seja desenvolvida visando objetivos legais, que devem ser atingidos por meios legalmente admitidos.

09. A tortura é inadmissível em qualquer circunstância, inclusive nas excepcionais, como a ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública, como justificção para a tortura.

10. A conduta típica do delito de tortura na Espanha está prevista no artigo 174 do Código Penal Espanhol. Prevê este dispositivo legal que comete a tortura a autoridade ou funcionário público que, abusando do seu cargo, e com o fim de obter uma confissão ou informação de qualquer pessoa, ou ainda, com o fim de castiga-la por qualquer fato que tenha cometido ou se suspeite que tenha cometido, a submete a condições o procedimentos que por sua natureza, duração ou outras circunstâncias, lhe suponham sofrimentos físicos ou mentais, a supressão ou diminuição de suas faculdades de conhecimento, discernimento ou decisão, ou que de qualquer outro modo atentem contra sua integridade moral.

11. A conduta típica no Brasil está prevista no art. 1º da Lei 9.455/97, que define constituir crime de tortura 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. Ainda dispõe que será considerada 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.

12. Analisando comparativamente a legislação espanhola e a brasileira, observamos que o Código Penal Espanhol prevê expressamente que o sujeito ativo seja constituído por uma autoridade ou funcionário público. Por seu turno, na lei brasileira, está subtendido que qualquer pessoa poderia cometer o delito,

desde que atendidos os requisitos do artigo. Portanto, em ambos dispositivos legais existem o elemento material e o elemento teleológico. O elemento material consiste nas próprias ações que constituem a tortura; enquanto o elemento teleológico é o que exige uma determinada finalidade para configurar autonomamente o delito. Entretanto, a qualificação do sujeito ativo como representante do poder do Estado está presente apenas na lei espanhola.

ANEXO I – LEGISLAÇÃO ESPANHOLA.

LEY ORGÀNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL.

[...] LIBRO II. DELITOS Y SUS PENAS.

[...]

TÍTULO VII. DE LAS TORTURAS Y OTROS DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL.

Art. 173. El que infligiere a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

Art. 174. 1.Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, la sometiére a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o que de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral. El culpable de tortura será castigado con la pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuera grave, y de prisión de una a tres años si no lo es. Además de las penas señaladas se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación absoluta de ocho a doce años.

2. En las mismas penas incurrirán, respectivamente, la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de

menores que cometiere, respecto de detenidos, internos o presos, los actos a que se refiere el apartado anterior.

Art. 175. La autoridad o funcionario público, que abusando de su cargo y fuera de los casos comprendidos en el artículo anterior, atentare contra la integridad moral de una persona será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años si el atentado fuera grave, y de prisión de seis meses a dos años si no lo es. Se impondrá, en todo caso, al autor, además de las penas señaladas, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a cuatro años.

Art. 176. Se impondrán las penas respectivamente establecidas en los artículos precedentes a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiere que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos.

Art. 177. Si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos o faltas cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la ley.

ANEXO II - LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.

LEI 9.455 DE 7 DE ABRIL DE 1997.**Define os crimes de tortura e dá outras providências.**

O Presidente da República:

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

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.

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

§ 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 1 (um) a 4 (quatro) anos.

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

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

I – se o crime é cometido por agente público.

II – Se o crime é cometido contra criança, gestante, portador de deficiência, adolescente ou maior de 60 (sessenta) anos;

III – Se o crime é cometido mediante seqüestro.

§ 5º - A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada.

§ 6º - O crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

§ 7º - O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.

Art. 2º - O disposto nesta Lei aplica-se ainda quando o crime não tenha sido cometido em território nacional, sendo a vítima brasileira ou encontrando-se p agente em local sob jurisdição brasileira.

Art. 3º - Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

Art. 4º - Revoga-se o art. 233 da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ASSIS, Jorge César de. A condenação pelo crime de tortura e a perda da função pública do militar estadual. Florianópolis: Revista Direito Militar, 2003

BARQUÍN SANZ, Los delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes, Madrid 1992.

BATISTA, Nilo. Lei de Segurança Nacional: o direito da tortura e da morte. Revista de Direito Penal e Criminologia. Rio de Janeiro, 1982.

BUONAMICI, Sérgio Claro. Apontamentos sobre o crime de tortura: Lei 9.455/97. Revista Direito Militar. Florianópolis, 2004.

CASTELLS ARTECHE, Radiografía de un modelo repressivo, San Sebastián 1982.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Tortura. Prova ilícita: inaceitabilidade de elementos de convicção por ela viciados. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, 1996.

CIRENZA, Cristina de Freitas. Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes e Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura. São Paulo: Centro de Estudos da PGESP, 1998.

COIMBRA, Mário. A tortura como crime internacional. Revista do curso de Mestrado em Direito. Presidente Prudente, 2001.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, El derecho fundamental a la integridad moral reconocido en el artículo 15 de la Constitución Española: su tutela penal, La ley 1996.

COSTA, Helena Regina Lobo da. A lei de tortura que se quer ver aplicada. São Paulo: Boletim IBCCRIM, 2001.

DALL'ACQUA, Rodrigo. Métodos de tortura psicológica aplicadas no interrogatório. Boletim IBCCRIM. São Paulo, 2003.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, Justificación de la tortura? Insuficiencias de la normativa penal internacional, en Homenaje a Beristain, San Sebastián 1989.

DEL TORO MARZAL, El nuevo delito de tortura, en la reforma del Derecho Penal, Mir puig (edit), Bellaterra 1980.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Los delitos contra la integridad moral en el código Penal de 1995, La ley 1998.

DÍAZ PITA, M. , El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral, EPC 1997.

DOMINGUEZ AGUDA, La integridad moral y su tratamiento en el Código Penal, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 1ª semana 2001, 1915.

DOPICO GOMEZ-ALLER, La circunstancia agravante de ensañamiento y la protección de la integridad moral en el código Penal de 1995, Revista de Derecho y Processo Penal, nº 4, 2000.

FRANCO, Alberto Silva. Tortura: breves anotações sobre a lei 9.455/97. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, 1997.

GARCIA, Maria. Limites da Ciência. A dignidade da pessoa humana. A ética da responsabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GOMES, Luíz Flavio. Tortura: Lei 9.455/97 em Estudos de Direito Penal e Processual Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GONZÁLEZ CUSSAC, Delitos de tortura y otros tratos degradantes (Delitos contra la integridad moral), en Estudios sobre el Código Penal de 1995 (parte especial), EDJ 1996.

GONZALEZ GONZALEZ, Control internacional de la prohibición de la tortura y otros tratos, Universidad de Granada, 1999.

GRIMA LIZANDRA, los delitos de tortura y de otros tratos inhumanos o degradantes cometidos por funcionarios públicos, en Los delitos de los funcionarios públicos en el código Penal de 1995, CDJ 1996.

GUERRA FILHO, Wilis Santiago. Para uma Filosofia da Filosofia. Conceitos de Filosofia. Ceará: Universidade Federal do Ceará. 1999.

JESUS, Damásio Evangelista de. A lei de tortura derogou a lei dos crimes hediondos. São Paulo: Boletim IBCCRIM, 1999.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. As crianças, a tortura, as leis e as salsichas. Boletim IBCCRIM, 1997.

MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, De las torturas y otros delitos contra la integridad moral, RMF 1997.

MAQUEDA ABREU, La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes, ADP 1986.

MARQUES, Oswaldo Enrique Duek. Breves considerações sobre a criminalização da tortura. Boletim IBCRIM. São Paulo, 1997.

MARTINS, Sérgio Mazina. Esboço sobre a importância da tortura. Boletim IBCCRIM. São Paulo, 2003.

MELO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Temas de Direito Penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, 1994.

MONTANO, P., La dignidad humana como bien jurídico tutelado por el Derecho Penal, AP 1997.

MORENTÍN CAMPILLO, Valoración judicial de la tortura: aspectos medico-legales, AP 1996.

MUÑOZ CONDE, La protección penal de los derechos fundamentales, en Estudios sobre el Código Penal de 1995 (parte general), EDJ 1996.

MUÑOZ SANCHEZ, Los delitos contra la integridad moral, Valencia 1999.

PIETROCOLLA, Luci Gati. Torturar é fácil, o difícil é justificar. Boletim IBCCRIM, São Paulo, 1997.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional. 6^a ed. São Paulo: Max Limonad. 2004.

PONTIERI, Alexandre. Breves considerações sobre a tortura. Revista Jurídica. Porto alegre, 2004.

RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, Crisis y pervivencia de la tortura, en Homenaje a Antón Oneca, Salamanca 1982.

RODLEY, Nigel S. Torturas e condições de detenção na América Latina em Democracia, violência e justiça: o não-estado de direito na América Latina. São Paulo: Paz e terra, 2000.

SABADELL, Ana Lúcia. Problemas metodológicos na história do controle social: o exemplo da tortura. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, 2002.

SANTOS JÚNIOR, Belisário dos. A tortura e o estado democrático de direito: o relatório da comissão especial da lei 10.726, de 09.01.2001. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, 2004.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Algumas notas sobre a nova lei de tortura. Lei 9.455 de 7 de abril de 1997. Boletim IBCCRIM, São Paulo, 1997.

SIMÕES, Renato. Tortura e impunidade no Brasil: o caso de São Paulo. Periódico Juízes para a Democracia. São Paulo, 2001.

THOT, Ladislau. La tortura. Jurisprudência Argentina, t. 31.

TOLEDO, Francisco de Assis. Sobre o crime de tortura na recente lei 9.455/97. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

TORÍO LÓPEZ, La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes, PJ 1986.

VARALDA, Renato Barão. Investigação Criminal e Tortura. Boletim IBCCRIM. São Paulo, 2004.

WOLOSZYN, André Luís. O crime de tortura na história e sua evolução no direito penal brasileiro. Revista do Ministério Público. Porto Alegre, 2003.