

ANO III – Nº. 07



JUS SCRIPTUM

**Boletim do Núcleo de Estudantes Luso-brasileiros da
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**



JUL/DEZ

2007

Jus Scriptum





jusscriptum.pt

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA

EDIÇÃO ESPECIAL DOS VOLUMES 1 A 5

Lisboa – Portugal

Periodicidade Trimestral

ISSN 1645-9024

Diretor da Revista – Editor-In-Chief
Cláudio Cardona

Conselho Editorial – Editorial Board

André Brito, Presidente do NELB
Cláudio Cardona, Diretor da JusScriptum
Paulo Rodrigues, Diretor Científico do NELB
Laura Viana, Diretora Científica interina do NELB
Thiago Santos Rocha, Observador Externo

Conselho Científico – Scientific Advisory Board

Ana Rita Gil
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

André Saddy
Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense

Edvaldo Brito
Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia

Eduardo Vera-Cruz Pinto
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Fernanda Martins
Universidade do Vale do Itajaí

Francisco Rezek
Francisco Resek Sociedade de Advogados

Janaina Matida
Faculdade de Direito da Universidade Alberto Hurtado

Lilian Márcia Balmant Emerich
Faculdade Nacional de Direito - UFRJ

Luciana Costa da Fonseca
Universidade Federal do Pará

Maria Cristina Carmignani
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Maria João Estorninho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Rosado Pereira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Vaz Freire
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Pedro Romano Martinez
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Rute Saraiva
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Sergio Torres Teixeira
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco

Susana Antas Videira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Corpo de Avaliadores – Review Board

Camila Franco Henriques
Eduardo Alvares de Oliveira
Francine Pinto da Silva Joseph
Isaac Kofi Medeiros
J. Eduardo Amorim
José Antonio Cordeiro de Oliveira
Leonardo Bruno Pereira de Moraes

Marcelo Ribeiro de Oliveira
Marcial Duarte de Sá Filho
Maria Vitoria Galvan Momo
Plínio Régis Baima de Almeida
Rafael Vasconcelos de Araújo Pereira
Rafaela Câmara Silva
Silvia Gabriel Teixeira

REVISTA JURÍDICA
NELB
Jus
Scriptum

NELB
Núcleo de Estudo
Luso-Brasileiro


FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA
Ano 3 • Volume 3 • Número 7
Jul-Dez 2007 • Lisboa – Portugal
Periodicidade Semestral
ISSN 1645-9024

NELB – Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro
Fundado em 07/06/2001
Diretoria do Biênio 2006/07

André Saddy, Presidente
Alenуска Teixeira Nunes, Vice-Presidente
Márcia Castro Pereira, Secretária-Geral
Elisa Ustárroz, Diretora Científica
Caroline Alves Salvador, Diretora Social
Carlos Marcos Borges, Diretor Financeiro

Conselho Editorial:
Eduardo Bruno Milhomens
Fernando Estevam Bravin Ruy
Paula Lins Goulart
Rafael Freitas Machado

Conselho Deliberativo:
Daniel Barroso
Luiz Carlos Messias Junior
Tiana Santos

Colaboradores:
Alyne de Andrade de Oliveira Bezerra

Correspondência: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade, Cidade Universitária · CP 1649014 · Lisboa · Portugal



REFLEXÕES SOBRE O CONCEITO DE TORTURA

*Helena Maria Soares Vila Nova de M. Pacheco**

SUMÁRIO: *Introdução; 1. O percurso da tortura; 1.1 Antiguidade; 1.2 Idade média: inquisição; 1.4 Tortura na atualidade; 1.3 Iluminismo; 2. Os elementos que compõem o conceito de tortura; 2.1 Elemento material; 2.2 Elemento teleológico; 2.3 Elemento subjetivo (sujeito ativo); Conclusões; Referências*

Introdução

Se atualmente a tortura é repudiada pela comunidade civilizada, e amplamente rechaçada pela opinião pública internacional, sendo considerada sua prática como imoral e internacionalmente ilícita, não devemos esquecer que, apesar disto, é incorreto afirmar que o uso da tortura – assim como outros meios repressivos condenáveis – é patrimônio exclusivo da idade média, da inquisição, e das ditaduras; lamentavelmente, regimes democráticos – ou supostamente democráticos – também recorrem a ela, ainda que em menor escala, e de maneira ocasional. E é precisamente por isso que esta prática absurda, não obstante encontre raízes nos períodos mais obscuros da história, tenha sido qualificada como uma das pragas mais indignantes do mundo atual.

Essas breves linhas, traz um breve panorama histórico da evolução do fenômeno da tortura para, em seguida, abordar umas das questões acessórias ao estudo desse flagelo qual seja, o problema da extradição de indivíduos que se vêem ameaçados de ser torturados acaso voltem aos seus países de origem.

Para tanto, iniciamos com um relato da tortura na história remota, desde a antiguidade passando pela Idade

Média e Iluminismo até alcançarmos o período contemporâneo; depois apresentamos o mecanismo de incorporação da tortura no plano do Direito Internacional.

Em seguida, passaremos ao enquadramento da tortura nos diversos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos; assim como nas Convenções específicas sobre o tema. Por fim, faremos algumas reflexões acerca da questão da extradição, e as implicações dessa conduta dentro do ordenamento internacional sobre a tortura.

As colocações que se apresentam nesse trabalho não tem como pretensão esgotar o tema, mas tão somente trazer à baila algumas informações sobre o assunto, esclarecer e fazer reflexões sobre o passado da tortura, sua disseminação e as idéias que, hoje, se espalham acerca da possibilidade da sua tolerância.

1. O percurso da tortura

A história aponta vários momentos os quais a prática de violências foi rotineira; entre esses momentos estão as guerras civis ou militares, ou até mesmo desordens sociais fruto de motivações diversas. Nesses instantes a força prevaleceu sobre a razão, de forma oficial ou não. Em todas essas situações, um ponto parece comum, a desumanização da humanidade através da tortura.

Em verdade, a prática dos tormentos está diretamente ligada ao próprio sistema penal vigente na sociedade que os pratica, qualquer que seja ela, em conseqüência devemos lembrar que, a legislação de um povo reflete os conceitos e valores dos mesmos a cada época.

Sob o aspecto processual, historicamente, a tortura funcionou como instrumento útil na obtenção de confissões via de regra, não muito confiáveis, e que por si só eram hierarquicamente superior a qualquer outra prova.

No seu percurso, a tortura foi utilizada como pena, assim como prova propriamente dita, e finalmente, como satisfação, não apenas do crime cometido, mas,

* *Advogada, Licenciada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Pós – Graduada em Direitos Humanos e Democratização pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Mestranda em Ciências Jurídico – Internacionais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.*

também, como meio de satisfazer os instintos mais baixos, em atos de verdadeiro sadismo⁴⁸.

A Idade Média⁴⁹ pode ser vista como o momento de maior desumanização das vítimas da tortura, e isso em razão das lutas por territórios e a crescente necessidade de manutenção de poder através da força⁵⁰, assim como a necessidade de conter os hábitos, por vezes, vistos como pervertidos do povo.

O século XVIII marcou historicamente a senda da tortura, pois nesse período a tortura passou a ser rechaçada até chegar a ser abolida em quase todos os Estados. Essa mudança de comportamento deveu-se a influência das idéias iluministas.

Atualmente, ainda persiste em muitos Estados a prática da tortura como sanção e também – às vezes de forma marginal - como forma de combater e intimidar criminosos perigosos. Discute-se ainda a utilização dos tormentos como meio de defesa da sociedade contra aquelas pessoas que são consideradas ameaçadoras para a sociedade, a exemplo disto, os terroristas.

Em suma, as célebres práticas da inquisição na caça as bruxas, os métodos nazi-fascista, etc.; são provas eloqüentes da facilidade com que o ser humano pode estar disposto a fazer sofrer o seu próximo e a rebaixar-se aos níveis mais inimagináveis de barbárie. Muitos dos

instrumentos de tortura utilizados no período passado da história, hoje, fazem parte de museus e são exibidos com horror e vergonha. Contudo, infelizmente, o homem não cessa de criar novas técnicas e novos métodos para produzir dor e sofrimento prolongado no seu semelhante⁵¹.

Nas linhas que se seguem, efetuaremos breves incursões esporádicas e ilustrativas do tratamento conferido à tortura em vários momentos da história da humanidade objetivando, dessa forma, apreender com maior clareza esse fenômeno, sua evolução e seus condicionamentos; ressaltando que, o uso da tortura como instrumento de aferição da “verdade” é uma faceta vergonhosa da história da humanidade, principalmente diante das misérias que a sua extensão provocou e ainda provoca no contexto mundial.

1.1 Antiguidade

Desde a pré- história, o homem sentiu a necessidade de viver em grupo, unidos por laços fortes entre seus componentes; esses elos reuniam as pessoas seja em razão dos temores reais, seja pelos imaginários e sobrenaturais a que estavam sujeitos. Nesse contexto, acreditava-se que os entes sobrenaturais, tanto podia proteger quanto castigar o grupo, dependendo do seu comportamento.

Nos primeiros tempos, uma das finalidades da tortura era mesmo a retribuição do mal causado pelo delito o que acarretava em métodos de expiação que proporcionava dores praticamente insuportáveis. Nessa época, era possível haver punições coletivas, de todos os que pertenciam ao grupo; essa conduta era justificada pela idéia de que apenas dessa maneira a ira da divindade poderia ser acalmada, obstando sua vingança pelo descumprimento de determinadas obrigações⁵².

⁴⁸ Cfr: SZNICK, Valdir. *Tortura: histórico, evolução e crime*. São Paulo: Leud, 1988, pp. 20. “... a tortura tem em si uma conotação muito ligada ao sadismo; o sadismo supera o poder – que leva à tortura – e, ainda, à vingança; no fundo, o torturador é um sádico”.

⁴⁹ Cfr: SZNICK, 1998, pp. 20. “A tortura, em sua evolução histórica, foi empregada, de início, como meio de prova, já que, através de confissão e declarações, se chegava à descoberta da verdade; ainda que fosse um meio cruel, na Idade Média e na Inquisição, seu papel é de prova no processo, possibilitando com a confissão a descoberta da verdade.”

⁵⁰ Cfr: DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Futuro do Estado*. Saraiva. São Paulo. 2006, pp.55. O autor, discutindo sobre a questão proposta por Maquiavel em 1513, quando pretendeu saber se para um príncipe era melhor ser temido ou amado pelo seu povo, concluiu: “Governantes sem legitimidade e sem escrúpulos, preocupados apenas com a preservação de seus privilégios, sem nenhuma possibilidade de serem amados, usaram amplamente o terror para manter o povo intimidado e submisso. E o próprio povo, por sua ignorância, companheira inseparável dos preconceitos, muitas vezes colaborou para que seus dominadores usassem da violência”.

⁵¹ Cfr: LEDESMA, Héctor Faúndez. *El Derecho a La Integridad Personal y La Prohibición de La Tortura*. Universidad Católica Andrés Bello. Revista de la Facultad de Derecho. Venezuela, 1989, pp.242.

⁵² Cfr: MATTOSO, Glauco. *O que é tortura*. São Paulo: Nova Cultural Brasiliense. 1986. O autor relata que nos tempos antigos, a tortura também era praticada como ritual de iniciação à vida adulta e à religião, ou de vingança contra os inimigos capturados. O dever do

Dos povos antigos a doutrina atribuí aos gregos, a transição, pela primeira vez na histórica ocidental, de um sistema legal arcaico para outro mais complexo onde as questões que envolviam a prova e a distinção entre homem livre e escravo foram de importância crucial⁵³.

Naquela época, nos primeiros conflitos legais a prova era utilizada de forma resumida, e o resultado dependia sempre da posição social dos litigantes e da boa vontade dos membros mais importantes da comunidade. No século V a.C. o marco das cidades – estados, “a lei”, já não era medida pela animosidade existente entre as pessoas; Os homens iam reconhecendo paulatinamente que melhor seria não reger-se por esse modelo, a forma mais aconselhável seria tornar a lei independente de opiniões excessivamente pessoais, escrevendo e formulando critérios específicos e claros de juízo, considerando ainda que, em casos de desacordos fossem apresentadas testemunhas sobre os fatos.

Nesse contexto, todos os cidadãos livres com dignidade e honra, em caso de conflito, declaravam, mas não eram submetidos a torturas. A importância da honra de um cidadão dividia as provas em “*provas naturais*” e

guerreiro era aguentar com bravura e firmeza, sem expressões de medo, nem implorando piedade; enquanto isso, os torturadores procuravam tornar a tortura o mais dolorosa possível, a fim de fazer a vítima fraquejar. Como resultado, a iniciação de um guerreiro em sua tribo, acabava, muitas vezes em morte, a exemplo disso estão as tribos da Guiana que iniciavam seus meninos com uma dança de açoitamento, os aborígenes da Oceania e nativos da África Oriental mutilavam órgãos genitais, dentre outros rituais primitivos de iniciação à vida adulta. Ver ainda na obra pp. 37. “*As mais antigas civilizações, como a egípcia, babilônica, assíria e persa, tiveram seus castigos devidamente catalogados e classificados. Cerca de 2000 anos a.C. , a chamada pena de Talião (olho por olho, dente por dente) já estava presente no Código Dungi (Rei Sumério da lei Sumária), que inspirou o Código de Hamurabi (Rei Babilônico), que por sua vez teria inspirado a legislação hebraica (Torá ou Pentateuco) e gregas (Código Turiano, por exemplo).*”

⁵³ Apesar de a doutrina apontar os gregos como o primeiro povo a usar a tortura sistematicamente na instrução criminal, o texto mais velho que dela nos dá notícia acha-se em fragmento egípcio relativo a um caso de profanadores de túmulos, no qual aparece consignado que “*se procedeu às correspondentes averiguações, enquanto os suspeitos eram golpeados com bastões nos pés e nas mãos*”. Sobre o assunto Cfr: GONZAGA, João Bernardino. *A inquisição em seu mundo*. São Paulo: Saraiva, 5. ed. , 1993, pp. 32.

“*provas forçadas*”, as primeiras, obtidas apenas através da simples palavra dos cidadãos, já as segundas se conseguiam daqueles que não tinham nenhum status de honra ou de cidadania, quais sejam: os estrangeiros, os escravos os que tinham ocupações vergonhosas ou aqueles cuja desonra era reconhecida publicamente. “*A forma de adquirir as “provas forçadas” era então, a prática da tortura probatória, classificada por Demóstenes como “um meio seguro de obter evidência”*”⁵⁴.

Acompanhando o modelo grego, os proprietários romanos de escravos, podiam torturá-los caso suspeitassem que fossem culpados por crimes contra a propriedade. A aplicação da tortura, nos procedimentos judiciais, somente foi regulamentada e limitada nos Códigos de Teodosiano e Justiniano; seria usada apenas nos casos de adultério, de fraude cometida no censo e nos delitos de lesa majestade.

Os romanos aperfeiçoaram a herança grega incrementando, praticamente, todos os tipos de suplício da antiguidade. A tortura probatória em Roma era denominada *quaestio*, e como exemplos dos tormentos empregados citam-se a *tormentum ignis* (do fogo), *tormentum famis* (da fome), *tormentum sitis* (da sede), dentre outros. Apenas os escravos eram submetidos a essa ordem de suplícios caso fossem acusados de um crime⁵⁵

As guerras sociais e a queda da República acabaram com as velhas diferenças difundidas entre homens livres e escravos e, no caso de homens livres, entre patrícios e plebeus. As novas distinções surgidas com a lei no século III d.C falavam de dois tipos de cidadãos: “*honestiores*” e “*humiliores*”. Os primeiros faziam parte da classe governante efetiva do Império, os a seguir eram o resto do povo, os que se dedicavam a ocupações simples, os pobres.

⁵⁴ Cfr: SZNICK.... 1998, pp. 38.

⁵⁵ Cfr: GOULART, Valéria Diez Sacraze Fernandes. *Tortura e prova no processo penal*. São Paulo: 2002, pp. 24. “*A confissão era prova suficiente para a condenação. Desde que sem defeitos e aceitável, não havia a necessidade de realizar mais nenhuma prova, interrompendo-se o processo. Para tanto, a confissão era avaliada com cautela, ainda mais quando obtida mediante tortura (quaestio)*”.

A divisão da sociedade romana em duas classes deixava a segunda delas vulnerável aos métodos de interrogação e castigo reservado anteriormente para os escravos. Nessa época, excepcionalmente, os “*honestiores*” poderiam ser torturados nos casos de traição e outros crimes específicos;

Foi na fase do Império que o processo sofreu grande transformação, restringindo-se em grande parte o direito de acusação, que foi cedendo lugar à acusação *ex officio* e ao procedimento *extra ordinem*, tendo sido a tortura oficialmente introduzida⁵⁶.

Em síntese, com a chegada do Império e a divinização da figura do Imperador e, ainda, com a mudança dos cidadãos do Império para a condição de súditos de sua Majestade e de suas divinas ordens, qualquer um poderia ser acusado de crime de lesa majestade. A divinização do Estado outorgou ao crime político um caráter de sacrilégio incompatível com as garantias de um processo normal.

1.2 Idade média: inquisição

Os medievais não podem historicamente ser classificados como bárbaros, pois, ao seu modo, buscavam a justiça. No regime feudal não estava formada a idéia de interesse público em punir os crimes praticados dentro de uma sociedade; as pessoas lesadas restavam apenas o direito de acusar.

Dava-se especial importância aos juramentos e testemunhas. Se por acaso não existisse restavam dois expedientes: o duelo (confronto entre acusador e acusado) e os “*Juízos de Deus*”, ou ordálios que só vieram a desaparecer no século XIV. Ambas as soluções baseavam-se na crença de um Deus onipresente que interferia nas relações humanas em busca do culpado real.

⁵⁶ Cfr: VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*. Trad. Frederico Carotti. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 106. “*Primeiramente César e depois Augusto respeitaram a memória da liberdade, ainda recente no espírito dos romanos; depois, gradualmente, ela se foi debilitando, e o natural desejo dos déspotas de ter um poder ilimitado sobre tudo se expandiu com menor comedimento (...) À medida que se consolidava a tirania, a tortura, utilizada apenas contra os servos nos tempos felizes de Roma, fosse estendida também aos livres*”.

Os “*Juízos de Deus*” surgiram no século XI, com a colonização dos bárbaros, e são considerados o início da tortura em juízo; foi nesse período histórico que a confissão passou a ser a rainha das provas – *regina probarum* – devendo ser buscada a qualquer custo⁵⁷.

A partir do século XII até o século XIV deu-se o fenômeno que personificou a institucionalização da tortura: a Inquisição, cujo nome completo era *Tribunal do Santo Ofício da Inquisição*; este ultrapassou as fronteiras da Idade Média e do Renascimento, chegando até a Idade Moderna.

Importa fazer uma pequena reflexão acerca desse período histórico. Despidendo-se do quadro estereotipado dos inquisidores é preciso considerar o contexto no qual a Inquisição estava inserida e se modelou à formação cultural, o estilo de vida, a relação das pessoas com a política, economia e principalmente com a religião. Essa análise pode explicar alguns comportamentos; em verdade, a inquisição foi produto da época e a legitimidade da tortura utilizada não suscitava então dúvidas. Naquele período, os costumes do povo eram tão bárbaros quanto às leis; ele adora os suplícios como as festas públicas e os sofrimentos acabavam por divertir a massa⁵⁸.

Não queremos nesse trabalho defender as práticas tormentosas utilizadas nesse período histórico,

⁵⁷ Cfr: GONZAGA, 1993, pp. 23. “*Se por qualquer motivo não conviesse o duelo, recorria-se aos ordálios. (...) Os métodos variavam muito, mas em regra consistiam na – prova de fogo – ou na – prova de água -. Por exemplo, 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, de as queimaduras houvessem desaparecido, considerava-se inocente o acusado; caso se apresentasse 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 temer as suas conseqüências, preferisse desde logo confessar a própria responsabilidade, dispensando o doloroso teste.*”

⁵⁸ Cfr: VERRI. 2000, pp.80 “*... a natureza humana é tal que, superado o horror pelos males alheios e sufocado o benévolo germe da compaixão, se embrutece e se regozija com sua superioridade no espetáculo da infelicidade alheia, do que também se tem um exemplo de furor dos romanos pelos gladiadores*”.

mas consideramos que tais condutas tiveram um contexto social. A proliferação da criminalidade era caótica, ao mesmo tempo em que não havia uma política social eficaz. Coube assim, à justiça penal ordenar a situação, o que foi feito, infelizmente, através do terror⁵⁹.

Em 1376 Nicolau Eymerich sistematizou o *Manual dos Inquisidores*, pelo qual, para haver a tortura era preciso um acordo entre o inquisitor e o bispo e os meio empregados na tortura deveriam deixar o acusado saudável para ser libertado ou executado; o que se buscava, na verdade, era a confissão. Nota-se que era interdita a tortura de menores de quatorze anos, velhos, mulheres grávidas e, não havia preocupação com as marcas deixadas no corpo, pois retratavam a expiação do crime.

Verifica-se facilmente a ausência de proporcionalidade entre o crime e a pena; ademais, as leis da época limitavam-se a ordenar ou permitir a tortura, fixando algumas regras gerais para o seu uso, mas não especificavam no que ela poderia consistir⁶⁰.

Nos séculos passados era proibido falar-se em liberdade religiosa, e isso era aplicado por todas as religiões. Cada uma exigia da sua população a fidelização a uma crença única oficial. Religião e nacionalidade eram elementos que se confundiam.

Tornava-se difícil exigir que a Igreja Católica respeitasse heterodoxias religiosas, quando os povos eram dizimados ora por cristãos (romanos, por exemplo), ora

por pagãos, ora por anglicanos, ora por islâmicos. Ainda como ponto a ser analisado, temos que considerar que a Igreja Católica, através da força, tentava controlar rebeldes que procuravam minar uma religião já consolidada entre o povo, ao contrario de outras religiões, que queriam impor compulsoriamente ensinamentos a pessoas de antiga fé oposta. Em verdade, nessa época, o que predominava era a intolerância entre as religiões; assim, era certo que, se os hereges assumissem o poder dariam aos católicos o mesmo tratamento.

Nesse contexto, a inquisição, não foi algo artificial, que a Igreja tenha impingido ao povo, mas produto da necessidade natural daquela época, e o seu severo modo de atuar foi condizente – embora reprovável – com o estilo da época. Somente muito mais tarde, presentes outras concepções e outros costumes, é que ela veio a ser criticada como atentatória as liberdades individuais.

1.3 Iluminismo

O primeiro país a iniciar o abandono da prática da tortura foi a Suécia em 1734, mantendo-a apenas para os delitos considerados mais graves, e abolindo-a completamente em 1776.

A ignorância e as superstições do povo, naquela época, não permitiam que fosse aferido o completo absurdo das acusações. O processo tinha como escopo tornar oficial aquilo que já estava resolvido e, com a tortura, (que era apoiada pela lei) a construção arbitrária das provas pelo juiz. Era assim, obtidos resultados e culpados, independentemente da veracidade desses.

Os Iluministas, em seus escritos, sugeriam a separação total entre os Poderes Legislativo e Judiciário, para afastar deste as pressões de natureza política, os preconceitos e as superstições⁶¹.

⁵⁹ Cfr: GONZAGA. 1993, pp.49. “... *diante de tantas dificuldades para uma eficaz proteção social, dois remédios foram adotados; a justiça incentivava ao máximo as delações secretas, de modo que qualquer pessoa do povo podia acusar outrem, conservando-se no anonimato e a salvo de represálias; depois, o juiz buscava extorquir a confissão do suspeito, mediante tortura (...). Não se cogitava de penas com função reeducativa, exceto no direito da Igreja. Os castigos da Justiça comum tinham mais propriamente o sentido de vingança, contra aquele que violara as ordens do rei e que depois julgado pelos seus juízes. A par disso, a punição devia ser exemplar, escarmentando o povo, a fim de convencê-lo a respeitar as leis. Para tanto, quanto mais severa, melhor seria a pena*”.

⁶⁰ Cfr: GONZAGA... 1993, pp.33 “... *a forma e os meios a serem empregados pra produzir a dor seriam aqueles que os costumes indicassem, ou que fossem inventados por executores imaginosos, facilmente, pois, ocorriam excessos*”.

⁶¹ Cfr: BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 1997, pp. 69. “... *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. Esse é o meio seguro de absorver os celerados vigorosos e de condenar os inocentes fracos*”.

Ousadamente questionavam a postura dos antigos escritores que defendiam a tortura, argumentando que, o uso dos tormentos para obtenção da “*verdade*” não possuía crédito. A prova disso era o paradoxo que havia em seu sistema, isso ficou patente quando em muitos períodos, apenas determinadas camadas sociais eram torturadas; Ora, se os autores que defendiam a tortura acreditassem realmente que esse era o meio ideal para descobrir a verdade sobre os delitos, não poderiam excluir a eles e a seus pares de submeterem-se a esse método caso houvesse necessidade, pois, apresentando-se o interesse da sociedade em desvendar a verdade dos crimes superior aos interesses individuais, ninguém poderia subtrair-se dos meios de descobri-la.

Os Iluministas tiveram mais sucesso na difusão das idéias que buscavam a abolição da tortura que seus predecessores e isso ocorreu porque os críticos anteriores eram humanistas ou teólogos, intelectuais que escreviam para uma minoria. Os iluministas eram, na maioria deles, panfletistas que não pretendiam apenas lecionar, mas também provocar o povo.

Talvez, o episódio que mais tenha contribuído para o declínio da era institucional da tortura tenha sido a publicação da obra “*Dos Delitos e das Penas*” de Cesare de Beccaria em 1764⁶²; além deste, outros iluministas como Voltaire e Bayle, investiram contra a prática da tortura. Levantou-se, então, a tese da injustiça e ineficácia da tortura. No entanto em fevereiro de 1766, o Santo Ofício incluiu no *Index* de livros proibidos a obra revolucionária de Beccaria.

1.4 Tortura na atualidade

O decreto de Frederico II da Prússia deu início ao movimento de abolição da tortura institucionalizada na Europa; A Revolução Francesa, deflagrando as idéias

⁶² A história da tortura pode ser dividida em antes e depois de Beccaria, este foi extremamente à frente do seu tempo: denunciou a crueldade, o suplício e julgamentos secretos e a prática da tortura como meio de obter a prova do crime – confissão. Defendeu a nobre idéia de homens iguais e livres perante as leis. Destarte, Beccaria exerceu influência decisiva na reformulação da legislação vigente à época e estabeleceu os conceitos fundamentais das legislações que se sucederam.

abolicionistas, impulsionou ainda mais a extirpação da tortura nos Estados.

No século XX a tortura abandonou o âmbito das guerras, invadindo o mundo através dos regimes antidemocráticos. Governos militares contribuíram para esse panorama. Nesse mesmo tempo, o fenômeno ultrapassou os limites dos crimes políticos e chegou até a esfera dos presos comuns. Sucessivos relatórios da Anistia Internacional apontaram para a persistência da tortura nos países democráticos, praticada, na grande maioria dos casos, por agentes públicos policiais⁶³.

Em razão da grande abrangência do conceito de tortura entendido tanto pelas organizações de defesa de direitos humanos, quanto pelos Tribunais competentes, a Anistia Internacional tem apontado um número crescente de casos de tortura em cento e cinquenta países⁶⁴.

Situação que chama atenção é a dos Estados adeptos da pena judicial corporal (Tortura Legal). Esses Estados argumentam que trata-se de uma “*sanção legal*” e, portanto não alcançada pela proibição internacional da tortura. Entretanto, a correta compreensão do termo “*sanções legais*”, é a de sanções que são legais tanto no âmbito nacional quanto internacional⁶⁵. Em verdade, as

⁶³ Cfr: CHINELI, Ana Paula; VITURINO, Robson. Dedo na Ferida. *in Superinteressante*. São Paulo: n.º. 208, dez. 2004, pp. 54 – 59. “*Em 2004, o relatório da Anistia Internacional revelou quatro situações em que as denúncias de tortura são especialmente preocupantes. São nações dos governos ditatoriais, países onde a democracia sucedeu a ditadura, mas não houve reforma dos sistemas de investigação e da justiça criminal, lugares onde a tortura aparece em casos isolados de abuso de poder e os eventos ocorridos na prisão iraquiana.*”

⁶⁴ Cfr: ANISTIA INTERNACIONAL. *Faça a sua parte – vamos acabar com a tortura*. Trad. Luiz Augusto Lopes. Publicações Anistia Internacional, 2000, pp. 10. “*A estatística é chocante: houve relatórios de tortura ou de maus-tratos por agentes do Estado em mais de 150 países. Em 70 deles eram difundidos ou persistentes. Em mais de 80 países, as pessoas relatadas morreram em consequência da tortura. As provas sugerem fortemente que a maioria das vítimas eram pessoas suspeitas ou acusadas de delitos criminais. A maioria dos torturadores eram policiais militares.*”

⁶⁵ Cfr: ANISTIA INTERNACIONAL, 2000; pp. 36. “*Em 1992, o Comitê dos Direitos Humanos, em uma observação Geral autorizada, declarou que a proibição de tortura e de maus-tratos sob a Convenção Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, deve estender-se à pena*

penas judiciais corporais são, invariavelmente, ilegais porque vincula elementos-chaves de tortura e de maus-tratos, dentre eles causando deliberadamente dor severa e sofrimento, como pena.

Outra justificativa apresentada para a prática das penas judiciais corporais são que elas têm fulcro na religião ou na cultura. Entretanto, essa justificativa não prospera, pois, a cultura não é estática, e as tradições são invariavelmente reformuladas por novas realidades, novas idéias. Penas que no passado podem ter sido amplamente aceitas, hoje são claramente cruéis e degradantes.

Ainda na atualidade, até antes dos atentados ao World Trade Center, em 2001, a prática da tortura parecia confinada aos porões das prisões numa relação exclusiva entre torturadores e torturados. Após a queda das torres gêmeas aquilo que era horrendo e injustificável – embora ocorresse secretamente – passou a ser defendido abertamente como arma eficaz na luta contra os terroristas, ganhando assim o status de “*doutrina de segurança*”.

Os abusos praticados em prisões, nomeadamente pelos Estados Unidos da América, são renomeados de “*táticas de pressão*”. Em verdade, o governo americano, assim como outros, interessados em utilizar a tortura como meio de obtenção de informações, tem se empenhado em redefinir o significado da palavra tortura; só assim seria possível avançar para além do atualmente permitido de forma legalizada.

Israel foi o Estado pioneiro na busca da legalização da tortura. Em novembro de 1987, com a aprovação do relatório da Comissão de Landau, Israel autorizou a “*pressão psicológica e a pressão física moderada nos interrogatórios dos detentos de segurança*”⁶⁶. Até 1999 os suspeitos de envolvimento

com atividades terroristas, presos pelo Serviço de Segurança Geral de Israel (SSG) eram submetidos a avaliações e interrogatórios com o uso de métodos de *pressão moderada* sem necessidade de autorização por parte do Ministério da Justiça. Após essa data, a Suprema Corte proibiu o uso dessas técnicas de forma genérica, entretanto, abriu exceção para as hipóteses de haver risco de morte para outras pessoas. Nesses casos o SSG precisa comprovar a existência da ameaça para justificar o uso da tortura.

Em suma, a discussão é polêmica, e os entusiastas da legalização da tortura defendem que, apenas a utilização de “*técnicas equivalentes*” as usadas pelos terroristas permitiria a luta igual das Nações contra aqueles que, se superam em brutalidade, a ponto de explodirem seus próprios corpos; Em contrapartida, os defensores dos direitos humanos sustentam que a simples retomada dessa discussão é um retrocesso na tão penosa evolução do comportamento humano.

2. Os elementos que compõem o conceito de tortura

O conceito de tortura tem mudando com o passar do tempo, estando os estudiosos preocupados em açambarcar as formas, cada vez mais novas, de expressão dessa moléstia, o que muitas vezes gera discórdia na classificação se tal ou qual conduta constitui tortura ou outra modalidade de tratamento. Além disso, os Estados, em especial os que são tecnologicamente mais desenvolvidos, adotam, a cada dia, meios mais sofisticados para praticar a tortura dificultando a instrução probatória para a apuração do crime, assim como o seu enquadramento.

O limite exato entre “*tortura*” e quaisquer outras formas de “*penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes*”, embora muito cobrado, é de difícil identificação, em geral, depende de circunstâncias específicas do caso e de características da vítima em particular.

Entretanto, mesmo diante das dissensões de alguns, a definição de tortura envolve três elementos

corporal. (CDH, *Observação Geral nº 20, 1992, par. 5*). Em uma resolução adotada em abril de 2000, uma Comissão de Direitos Humanos da ONU afirmou que **pena corporal, incluindo a aplicada em crianças, pode significar pena cruel, desumana ou degradante ou até a tortura.**” (Comissão da ONU sobre a resolução 2000/43 dos Direitos Humanos).

⁶⁶ Cfr: CHINELI; VITURINO. 2004; pp 54 – 59. “*Entre os métodos de pressão moderada está deter o preso em cárcere incommunicável, privá-lo de sono, sacudi-lo de forma violenta, mantê-lo em posturas doloridas, espancá-*

lo, submetê-lo continuamente a música alta e extremos de frio e de calor”.

essenciais de acordo com a Convenção contra tortura da ONU: a) a infligção deliberada de dor ou sofrimentos físicos ou mentais (elemento material); b) a finalidade do ato – obter informações ou confissões, aplicação de castigo, intimidação ou coação e qualquer outro ato baseado em discriminação de qualquer natureza – (elemento teleológico ou finalista); c) a vinculação do agente responsável direta ou indiretamente com o Estado (elemento subjetivo)⁶⁷.

2.1 Elemento material

No Estudo das Convenções que tratam da tortura, não há uma conceituação precisa do que sejam tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes; entretanto, a análise literal do artigo 16 da Convenção da ONU diz que o critério distintivo entre tortura e os demais maus-tratos é a gravidade, vê-se isso quando o artigo menciona “... outros atos... que não cheguem a ser tortura...”.

A gravidade é então, o primeiro elemento, chamado de material, no estudo da definição da tortura por sofrimentos físicos ou mentais, ou seja, a gravidade das dores e aflições funciona com termômetro no enquadramento da conduta como sendo tortura ou outro ato afim.

A definição da gravidade do ato como sendo elemento decisivo a compreensão da tortura, tem recebido inúmeras críticas de autores que qualificam esse critério como arbitrário sustentando que, na busca incessante de normatizar os tratamentos desumanos, cruéis e degradantes, os estudiosos tem-se afastado cada vez mais do verdadeiro conceito de tortura usurpando dele, a sua relevância histórica; e ainda defendem que, no afã de estreitar as diferenças conceituais e práticas entre a tortura e os demais tratamentos graves, violências que deveriam ser enquadradas como torturas acabam sendo qualificadas como de menor relevância⁶⁸.

⁶⁷ Hector Ledesma acresce “la naturaleza activa o pasiva de la conducta”. Cfr: LEDESMA, 1989, pp. 250.

⁶⁸ Cfr: MAQUEDA ABREU, M.L. La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t XXXIX, mayo-agosto 1986, pp. 429. “bajo la apariencia de venir a cubrir el espacio

Ainda nesse tema, convém assinalar o contributo da Comissão de Direitos Humanos da ONU que, comentando o artigo 7º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, acresceu outros critérios de distinção, para além da gravidade, entre as modalidades de maus-tratos; sendo eles: a natureza, a severidade e a finalidade em que se dá o tratamento. A CDH sustenta também que a proibição deve abarcar o castigo corporal, inclusive os castigos físicos excessivos impostos como medida pedagógica ou disciplinar. Por fim, afirma que fazer uma diferenciação rigorosa entre a tortura e as demais formas de tratamentos ou penas cruéis desumanas ou degradantes não é imprescindível, pois o alcance da proteção exigida é mais amplo do que apenas o amparo à tortura, por isso não considera necessário estabelecer diferenças tão precisas entre as diversas formas tuteladas nos instrumentos internacionais⁶⁹.

Para, além disso, a CDH tem utilizado terminologia diversa para descrever os fatos elencados no artigo 7º do PIDCP, distinguindo entre tortura, maus-tratos graves e maus-tratos; essa classificação tem permitido a Comissão ampliar o conceito tradicional de tortura e dos demais tratamentos (violências físicas e morais como métodos de interrogatórios aos detidos) às condições de detenção extremamente duras nos estabelecimentos penitenciários. Na mesma senda está a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que também tem optado pela ampliação dos conceitos em comento⁷⁰.

representado por formas menos graves de violencia que la tortura y gracias a la imprecisión de su concepto, basado en un criterio de valoración tan arbitrario como la gravedad, ha terminado por hacer inservible o, en su caso, de validez excepcional, aquella noción básica”.

⁶⁹ Cfr: CDH – ONU. Comentário Geral nº 20, artigos 4º e 7º (44º sessão, 1992), Compilação dos Comentários Gerais e das Recomendações Gerais adotadas pelos Órgãos dos Tratados de Direitos Humanos. www.unhchr.ch/http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/ acesso em 11 julh. 2006.

⁷⁰ Cfr: Caso 10.301, Informe nº. 40/03 de 08 de outubro de 2003 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos - 42º Distrito Policial Parque São Lucas, SP, onde a Comissão responsabilizou o Brasil por impingir aos detentos tratamentos desumanos quando encarcerou cerca de 50 prisioneiros em uma cela de dimensões mínimas. No mesmo entendimento, caso 12.417 de 12 de outubro de 2004. Caso Whitley Myrie v. Jamaica, onde a

A necessidade de distinção entre a tortura e os demais tipos de tratamentos importa, principalmente, no plano da aplicabilidade das Convenções; a exemplo disso, temos que algumas medidas dispostas na Convenção da ONU como o artigo 3º que diz respeito ao princípio da não devolução e, os dispositivos processuais e penais disciplinados nos artigos 4º ao 9º da Convenção, não são necessariamente empregados nos casos de tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes; quanto a essas condutas, os Estados partes tem o compromisso apenas de proibi-las aplicando as medidas preventivas descritas nos artigos 10º e 11º e também concedendo as garantias processuais elencadas nos artigos 12º e 13º do referido instrumento⁷¹.

Corroborando com a idéia de distinção dos conceitos, a Comissão Européia de Direitos Humanos e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos têm tentado delimitá-los, propalando a distinção entre os tratamentos ou penas cruéis entre si, e com a tortura. Inicialmente, a Comissão no *primeiro assunto grego*, sugeriu que nem todo maltrato poderia ser açambarcado pelo artigo 3º da CEDH, pois era necessário ser feita uma distinção entre os atos proibidos pelo dispositivo e “*certas brutalidades*” que, segundo a Comissão, poderiam ser, por exemplo, “*bofetadas ou golpes dados com a mão sobre a cabeça ou o rosto*” e que eram considerados “*normais*” pela maioria dos detidos⁷².

Por sua vez, o TEDH, no assunto *Irlanda v. Reino Unido* também estabeleceu a necessidade de um mínimo de gravidade para enquadrar a conduta nos

moldes do artigo 3º da Convenção Européia⁷³; desse modo, construiu um critério qualitativo baseado na intensidade do sofrimento impingido a vítima⁷⁴. Apontou três níveis de hierarquia entre as violações; o primeiro deles é um nível superior, denominado **tortura** (que coincide com a descrição feita no artigo 1,2 da Declaração da AG da ONU 1975), e que é geralmente a forma agravada do tratamento desumano, e pode pressupor também um elemento intencional⁷⁵.

O nível intermediário correspondeu aos tratamentos desumanos⁷⁶. A CEDH partiu da noção intermediária para definir o nível superior - tortura - e o inferior - tratamento degradante -; definiu os tratamentos desumanos na jurisprudência do primeiro assunto grego como o que, pelo menos, provoca voluntariamente graves sofrimentos mentais ou físicos⁷⁷, e a sua distinção da

⁷³ Cfr: *Affaire Irlande v. Royaume – Uni* Arrêt du (18/01/1978). Série A, nº 25, párg. 165.

⁷⁴ Idem. párg. 167. “*Para o Tribunal, por exemplo, os cinco procedimentos de interrogação, nomeados de métodos de desorientação e privação sensorial (manter o preso encapuzado, fazê-lo permanecer em pé contra a parede durante longos períodos de tempo, submetê-lo a ruídos permanentes, impedi-lo de dormir de comer e de beber), aplicados por membros do exército britânico em Ulster, não causaram sofrimentos de intensidade e crueldade que implicassem no uso do termo tortura; entendeu o Tribunal que o termo, “tortura” deve ser aplicado apenas aos tratamentos desumanos que provoquem graves e cruéis sofrimentos*”.

⁷⁵ Cfr: AC. ILHAN. DE 27 Junho de 2000, R00-VII, pp.343. la notion de torture suppose un élément intentionnel, reconnu dans la Convention des Nations unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, entrée en vigueur le 26 juin 1987, qui précise que le terme « torture » s'entend de l'infliction intentionnelle d'une douleur ou de souffrances aiguës aux fins notamment d'obtenir des renseignements, de punir ou d'intimider (article 1^{er}).

⁷⁶ Destaque-se que o artigo 3º da Convenção Européia, não contém o termo **cruel** que faz parte da Declaração de 1975, da Convenção contra a Tortura de 1984 e da Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura de 1985. Para alguns autores, o termo cruel faz referência ao nível intermediário dos “*tratamentos ou penas desumanas*”. Para desenvolver o tema Cfr. ALTEMIR, Antonio Blanc. *La violacion de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*. Barcelona: Casa Editorial, 1990. pp. 291.

⁷⁷ PREMIER AFFAIRE GRECQUE, *Annuaire de la CEDH*. 1969, pp.186. « la notion de traitement inhumain couvre, au moins, un traitement qui provoque, volontairement, des graves souffrances mentales ou physiques ».

Comissão Interamericana de Direitos Humanos condenou o Estado da Jamaica em tratamentos desumanos por manter o recluso em condições restritivas de espaço no presídio, assim como com restrições de higiene e alimentação e ainda por ter sido submetido a abusos físicos e maus-tratos.

⁷¹ Cfr: RUIZ, Nathalia U. La jurisprudência del comité de las naciones unidas contra la tortura. in *Anuario de derecho internacional*. Pamplona: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, XX, 2004; pp 538.

⁷² Cfr: PREMIERE AFFAIRE GRECQUE. *Annuaire de la CEDH*. 1969, vol.12, pp.186. (Req. 3321, 3322, 3323,3344/67 du Danemark. De la Norvège, de a Suède et des Pays – Bas contre la Grèce).

tortura está menos na sua natureza, e mais na intensidade dos sofrimentos infligidos.

Por último, em nível inferior estão às penas degradantes⁷⁸. O TEDH, ao analisar se uma pena tem cunho degradante, verifica se existe a vontade de humilhar ou aviltar a vítima e, ainda que não exista a violação pode constituir um elemento pertinente. Importa frisar que a ausência de publicidade não impede o enquadramento da conduta nesse tipo, pois pode ser suficiente que a vítima sinta-se humilhada a seus próprios olhos, mesmo que não seja aos olhos dos outros⁷⁹.

Para o TEDH para mensurar a gravidade dos atos assim como o “*nível de intensidade*” dos sofrimentos conferidos à vítima, a fim de classificar o grau da conduta, é preciso considerar a duração dos efeitos físicos ou mentais, a idade, o sexo e o estado de saúde da vítima; não sendo suficiente que o tratamento seja ilegal, desonroso, repreensível ou desagradável⁸⁰.

A classificação dos maus-tratos por um critério hierárquico dentro do contexto do artigo 3º da Convenção Européia que a jurisprudência da CEDH e do TEDH tem introduzido concedeu a cada um deles um conteúdo próprio, trazendo ao artigo uma significação diversa da

que havia anteriormente. Em verdade, a diferenciação proposta pela Comissão e pelo Tribunal não se efetua de forma objetiva, e sim com base em critérios subjetivos aferidos pelo juiz em face do caso concreto⁸¹.

O alargamento do conceito de tortura e tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, também tem ocupado as deliberações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos; nesses moldes destaca-se importante decisão proferida, em 1995, em caso de denúncia de violação dos direitos das mulheres no Haiti.⁸² A Comissão Interamericana reconheceu ineditamente nesse caso que o estupro ou abuso sexual não é apenas tratamento desumano e violador da integridade física e moral da mulher, mas também uma forma de tortura.

No caso do Haiti, a Comissão entendeu que as violações sexuais serviram a propósitos políticos, ou seja, foi uma tentativa de destruir o movimento democrático, mediante o terror criado pela série de crimes sexuais. Para a Comissão, o estupro representa não apenas um tratamento desumano que afronta a integridade física e moral de acordo com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, mas também uma forma de tortura nos termos disciplinados naquele instrumento⁸³.

⁷⁸ AC. TYRER v. ROYAUME-UNI. *Annuaire de la CEDH*. 25 de abril de 1978, vol 21, série A, nº. 26. pp 16 (foi considerado como pena degradante o castigo corporal de três golpes de bastão nas nádegas descobertas de um menor de 15 anos), pena decretada por um policial por atos de violência e aplicada num posto de polícia na presença de um médico e do pai da criança. *De modo contrário* Ac. Campbell e Cosans. ANNUAIRE, nº 48, 1982; pp16 (os castigos corporais – golpes na palma da mão com uma correia de couro – aplicados nas escolas públicas da Escócia foram considerados conformes a Convenção).

⁷⁹ Cfr: CEDH, Billan de la Convention européenne des droits de l’homme. 1985 pp. 6. A CEDH apontou em seu informe que o castigo judicial corporal constituía um castigo degradante no sentido do artigo 3º da Convenção Européia de Direitos Humanos, afirmando que Comissão havia estimado em seu informe que o castigo degradante no sentido do art. 3 da Convenção ao afirmar que a flagelação, como penas ordenadas pelo Tribunal e administradas segundo as modalidades previstas na Ilha de Man constituem um atentado a dignidade humana que humilha e desonra o delinqüente sem ter valor social compensatório.

⁸⁰ Cfr: BARRETO, Irineu Cabral. *A Convenção Européia dos Direitos do Homem anotada*. 3ed. Coimbra Editora, pp. 72.

⁸¹ Cfr: SUDRE, Frederic. *La de peines e traitemens inhumains ou degradants dans la jurisprudence de la Commission et de la Court Europeenne des droits de l homme*. R.G.D.I.P., t88, 1984/4, pp. 841. O autor entende que o campo de aplicação dos três conceitos está relacionado com situações excepcionais que pode ocorrer no seio da sociedade, e que é “*inversamente proporcional à gravidade da ameaça que pesa sobre o corpo social*”. Dessa forma o campo de aplicação da tortura relaciona-se com situações extremas como regimes ditatoriais, guerras civis ou guerras internacionais; as penas ou tratamentos desumanos com eventos de guerrilha urbana ou terrorismo político que requerem medidas de resposta excepcionais; e por fim, a as penas ou tratamentos degradantes estão ligados a questões débeis que perturbam a paz do corpo social.

⁸² Inter American Commission on Human Rights, Report on the Situation of Human Rights in Haiti, 1995.

⁸³ Cfr: PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Internacional Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 7º ed, 2006. pp 195. *Apud* Theodor Meron (Pte. Do Tribunal Penal Internacional para a ex-Yugoslávia): “*A aprovação pelo Conselho de Segurança da Resolução 827, nos termos do capítulo VII, da Carta das NU, reconhecendo o estupro como uma ofensa punível de acordo com o direito humanitário internacional, confere validade a este importante desenvolvimento normativo que, espera-se ,*

2.2 Elemento teleológico

O segundo elemento que compõe o conceito de tortura é o teleológico, ou seja, o propósito concreto do ato (obter informações ou confissões, aplicação de castigo, intimidação ou coação e qualquer outro ato baseado em discriminação de qualquer natureza). A Declaração contra a Tortura de 1975 exige que os atos de tortura sejam realizados “... *com o fim de obter dela – da vítima – ou de terceiro uma informação ou uma confissão, de puni-la por um ato que tenha cometido ou de intimidar essa ou outras pessoas*”. O grupo de trabalho encarregado de elaborar a Convenção das ONU contra a tortura, após reconhecer a conveniência de enumerar os fins com que poderiam se perpetuar tais atos, afirmou que toda a especificação seria indevidamente restritiva, pois a enumeração dos fins da tortura não era exaustiva.

A redação final da Convenção da ONU contra a tortura, inclui em seu artigo 1º entre os fins perseguidos, a coação ou “*qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza*” estendendo, portanto, de forma considerável o conteúdo do artigo 1.1 da Declaração. A Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura por sua vez, possui um elenco mais abrangente de possíveis motivos para a prática da tortura; entretanto, não diverge radicalmente dos fins elencados na Convenção da ONU.

A tortura é dirigida à consecução de um propósito concreto, mediante o isolamento, a pressão psicológica ou a dor física, se persegue a obtenção de informação, denúncia, confissão ou simplesmente a abdicação pela vítima de suas próprias idéias. Por outro lado, a tortura é utilizada por certos regimes políticos com a finalidade principal intimidatória e como parte da estratégia de segurança do próprio sistema. É esse o contexto que viabiliza a aparição de inúmeras violações

poderá assegurar o reconhecimento do estupro, em determinadas circunstâncias, como tortura ou tratamento desumano, no âmbito do direito internacional dos direitos humanos. Efetivos progressos de combate ao estupro só podem ser feitos mediante uma maior efetividade legal.” Cfr: Rape as a crime under international humanitarian law, American Journal of International Law, pp. 87.

dos direitos humanos, e onde ocorre a chamada “*tortura indireta ou oblíqua*” consistente em atormentar as pessoas que se tem como certa a inocência ou seu desconhecimento sobre os fatos investigados, com a finalidade de que a pessoa presumidamente implicada se denuncie para evitar o sofrimento daquela.

Após a CDH ter ventilado a possibilidade de considerar tortura a aplicação de atos disciplinares, questiona-se sobre a existência real e, ate mesmo, sobre a relevância do elemento teleológico. Em uma análise primária, o elemento teleológico não deixou de existir após as mencionadas considerações da CDH, assim como não perdeu a sua importância, e isso se reflete quando da apreciação conjunta deste elemento juntamente com o elemento subjetivo, pois as finalidades elencadas nas Convenções juntamente com a prática realizada por um agente público é que configuram a tortura.

Se considerarmos a prática de qualquer das condutas que configura a tortura e demais maus-tratos, inclusive as práticas disciplinares, por alguém que não seja vinculado ao Estado de alguma forma ou que se distancie das finalidades elencadas na legislação, o tipo em comento é prontamente desconfigurado como tortura ou comportamentos afins, passando a conduta a ser qualificada de acordo com as agravantes contidas na legislação penal; ou seja, a aplicação de atos disciplinares por agentes públicos, com o intuito de castigar a vítima configura o tipo descrito nas convenções, e a ausência do elemento teleológico nessa classificação faria o conceito ser abandonado. Por isso, é imprescindível a união desses dois elementos para perfazer o tipo. Destarte, o elemento teleológico não pode ser preterido na configuração do conceito ⁸⁴.

2.3 Elemento subjetivo (sujeito ativo)

Terceiro elemento constitutivo da definição de tortura, o sujeito ativo engloba a participação direta ou indireta de pessoas que atuam na qualidade de órgãos do Estado ⁸⁵.

⁸⁴ Cfr: PIOVESAN, 2006, pp 196.

⁸⁵ Importa mencionar o equívoco cometido pela Lei brasileira nº. 9.455/97 no que se refere ao agente da

A Convenção da ONU produziu uma extensão da compreensão dada pela Declaração de 1975 sobre o tema; esta fez referência apenas aos funcionários públicos, ou outras pessoas por eles instigadas. Aquela se referiu ao funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, por instigação sua ou com seu conhecimento ou aquiescência; desse modo, a Convenção pareceu alcançar todas as possibilidades de participação dos órgãos dos Estados, inclusive as de grupos paramilitares que, não tendo sua atuação diretamente imputada ao Estado, atuam em diversas ocasiões com seu consentimento acedência e tolerância.

Questão importante analisada pelo Comitê contra a tortura tratou de um nacional da Somália que temia ser torturado e executado por membros de um clã *hawiye* caso fosse devolvido ao seu país

⁸⁶. A Austrália impugnou a comunicação alegando que na definição do artigo 1º da Convenção de 1984 não se adaptava os membros de grupos armados somalieses. Entretanto, o CCT entendeu que, em vista da inexistência de um governo central na Somália e de que as facções em guerra exerciam certas prerrogativas compatíveis às exercidas normalmente pelas autoridades legítimas, cabia estender-lhes a qualidade de *funcionários públicos ou outra pessoa no exercício de funções públicas*⁸⁷.

A definição do elemento subjetivo tem por escopo inicial excluir as dores e sofrimentos graves infligidos por pessoas a título privado, ressalvadas as hipóteses de existir consentimento ou aquiescência estatal. Todavia, a amplitude da redação do art. 7º do PIDCP, junto com a grande variedade de casos que tem chegado ao CDH ao CCT, ao TEDH e aos órgãos

tortura. A referida lei menciona ser causa de aumento de pena o crime ser cometido por agente público, nos termos do artigo 1º § 4º, I. Isto é, para a caracterização do crime, não é necessário que o agente seja público. Essa concepção transcende a concepção introduzida pela convenção das ONU, que demanda necessariamente, para a configuração do crime de tortura, a qualidade de agente público. Sobre o Tema Cfr: PIOVESAN ... 2006, pp 196.

⁸⁶ Cfr: CCT. Comunicación 162/2000, *S.Selmi v .Autralia*. <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/>.

⁸⁷ Cfr: TEDH preferiu entendimento similar no caso *Ahmed v. Áustria*, de 16 de novembro de 1996 (demanda 71/1995/577/663).

Interamericanos, nomeadamente a Corte Interamericana de Direitos Humanos, tem permitido a ampliação do conceito clássico de tortura e de maus-tratos a outros casos.

Importa assinalar o entendimento do TEDH e da CEDH que tem decidido no sentido de que os castigos corporais nas escolas e no âmbito familiar estão açambarcados pelo artigo 3º da Convenção Européia de Direitos Humanos⁸⁸. Corroborando com esse entendimento, o CDH tem indicado que os Estados partes têm o dever de proteger as pessoas, providenciando medidas legislativas e de qualquer outra índole, quando os atos proibidos pelo artigo 7º do PIDCP sejam infligidos por pessoas que desempenhem funções oficiais, atuando essas em razão dessas funções ou a título privado⁸⁹; ressaltando que, a proibição do art. 7º alcança os castigos corporais, incluindo os castigos excessivos impostos pelo cometimento de um delito ou como medida educativa e disciplinar protegendo em especial os alunos e os pacientes dos estabelecimentos de saúde⁹⁰. Por último, é visto que o artigo 7º do Pacto contempla expressamente as formas de tortura realizadas através dos experimentos científicos⁹¹.

A elasticidade dos entendimentos do CCT e dos demais órgãos destinados a proteger a integridade física da pessoa humana, tem auxiliado na apuração e no enquadramento de diversas condutas antes desconsideradas, muito embora causassem sofrimento às vítimas, e que hoje são censuradas, proibidas e sancionadas; tornando assim, a proteção à integridade e a dignidade da pessoa mais amparada⁹².

⁸⁸ Cfr: *Z e outros c. Reino Unido*, de 10 de maio de 2001 (29392/95), p. 73. O Tribunal encontrou uma violação do artigo 3º do direito a um recurso efetivo pelo fato das autoridades locais não terem protegido quatro crianças que haviam sido descuidadas e maltratadas durante cinco anos por seus pais, porque as crianças e outros grupos vulneráveis merecem uma proteção adequada que evite o maltrato de que as autoridades estatais tenham tido conhecimento.

⁸⁹ Cfr: CDH, Observación General 20, p. 2.

⁹⁰ *Idem*. p. 5º.

⁹¹ *Idem*. p. 7º.

⁹² Cfr: *Senençã Kurt. C. Turquia*, de 25 de maio de 1988 (15/1997/799/1002) e *Timurtas c. Turquia*, de 13 de junho de 2000 (23531/94), onde o TEDH tem concluído que o desaparecimento de uma pessoa pode chegar a constituir,

Em suma, no bojo da definição da tortura e dos demais tratamentos, a comparação das condutas resulta talvez exagerada, e não é prudente adotar-se definições demasiado restritivas de tortura, pois, pode-se quedar na falha de isentar algumas técnicas refinadas de privação sensorial, e outras aperfeiçoadas e em uso desde a década de 1930 por Estados desenvolvidos. Em verdade, existe um limite inferior, um nível mínimo necessário, que todas as formas de tratamento ou de maus-tratos ultrapassam. Para condenar um ato concreto não é preciso delimitar com precisão a separação entre tortura e os demais tratamentos, pois em termos gerais, como vem sendo dito pela jurisprudência internacional e pelas normas internacionais, trata-se de grave abuso a integridade e a dignidade da pessoa humana.

Importa lembrar que, em todos os casos, a análise do conceito, da natureza jurídica e dos elementos da tortura, com o fim de identificar a conduta, deve ser abordadas a partir de uma perspectiva dinâmica, levando em conta a tipificação jurídica seja por via da doutrina ou da jurisprudência, e deve avançar considerando técnicas modernas que permitem causar sofrimentos psíquicos intensos sem necessariamente recorrer a formas ostensivas de agressão física.

Conclusões

Em suma, é fato que, a tortura esteve sempre presente na senda da humanidade, e contribuiu consideravelmente nos momentos menos nobres da história do homem.

Nos últimos tempos, mais especificamente a partir do século XX a utilização da tortura como controle sistemático de manifestações políticas e o seu uso rotineiro por organismos policiais em diversos Estados, inclusive naqueles considerados democráticos, assim como, as dificuldades encontradas na extirpação de tal atrocidade, levou a formulação de mecanismos de defesa

para um parente, tratamento contrário ao art. 3º da Convenção Européia de Direitos Humanos, em função do grau de parentesco, da natureza da relação, e da tentativa de obter informações sobre o desaparecido e, sobretudo, das reações e da atitude das autoridades as quais se dirigem.

tanto internacionais como regionais contra a tortura e delitos a fins, nomeadamente, a Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis Desumanas ou Degradantes elaborada pelas Nações Unidas em 1984 e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura produzida no seio do sistema interamericano de defesa dos Direitos Humanos que, erigiu a tortura ao status de crime internacional.

A perfeita compreensão do fenômeno da tortura passa pela análise dos elementos que formam o seu conceito. Em conclusão a essa meditação observamos que os elementos que compõem o conceito em tela já estão, em linhas gerais, definidos pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, da Comissão Européia assim como pelas Comissões de Direitos Humanos da ONU, assim como pelo Comitê contra Tortura do mesmo órgão e por fim, os Órgãos Interamericanos adotaram as considerações feitas por esses aparelhos, com alguns relevantes acréscimos.

As decisões do TEDH e da CEDH, dividiu os maus tratos em três categorias distintas de condutas, graduando-as com base nos elementos que compõem o seu conceito (material, teleológico e subjetivo). Portanto, têm-se como estágio mais alto da agressão a tortura, seguida pelos tratamentos desumanos e por fim os degradantes. Classificação que serve como orientação no momento de definir a natureza das agressões. Entretanto, tem-se visto que, com a elevada sofisticação das técnicas de tortura, tem sido cada vez mais complexo local o ato agressivo dentro dos compartimentos previamente criados.

De todo o exposto, pode-se afirmar que o conceito do crime de tortura plasmado nos instrumentos de proteção internacionais e regionais representam o coroamento da evolução do Direito Internacional na busca contínua da tutela de bens jurídicos de interesses transnacionais.

Referências

ALTEMIR, Antônio Blanc. *La Violacion de Los Derechos Humanos Fundamentales como Crime Internacional*. Barcelona: Casa Editoria, 1990.

- ANISTIA INTERNACIONAL. *Faça a Sua Parte – Vamos Acabar com a Tortura*. Trad. por Luiz Augusto Lopes. Publicações da Anistia Internacional. 2000.
- ARNS, D. Paulo Evaristo. *Brasil, Nunca Mais*. Petrópolis: Vozes, 1985.
- ASCENSÃO, José de O. *Teoria Geral do Direito Civil*. Lisboa: F.D.L. 1995/96.
- BAPTISTA, Eduardo Correia. *Direito Internacional Público*. Lisboa: Almedina, v II, 2004.
- BARQUIM, Jesus Sanz. *Los Delitos de Tortura y Tratos Inhumanos o Degradantes*. Madrid: Edersa, 1992.
- BARRETO, Irineu Cabral. *A Convenção Européia dos Direitos do Homem*. Coimbra: 3. ed. Coimbra Editora. 2005.
- BECCARIA, Cesare *Dos Delitos e das Penas*. Trad. por Torrieri Guimarães. São Paulo: Martim Claret, 1997.
- BODIN, Jean. *La Republique. El Derecho de Ser Hombre*. Trad. Conceição Vital, São Paulo: Matin Calret, 2000.
- CAPELO DE SOUZA, Rabindranath. *O Direito Geral da Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora. 1995.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Futuro do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DOURADO, Denisart. *Tortura*. São Paulo: Leme, 2 ed. ampl, rev e atual., 2001.
- ENTERIA, E. Gracia; e outros. *El Sistema Europeo de Proteccion de los Derechos Humanos*. Madrid: Civitas, 2. ed. 1983.
- FARIA, Miguel. *Direitos Fundamentais e Direitos do Homem*. Lisboa: Escola Superior de Polfícia, 1992.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 3. ed. 2005.
- GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- GONZAGA, João Bernardino. *A Inquisição em seu Mundo*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1996.
- GONZÁLES GONZALES, Rossana. *El Control Internacional de la Prohibición de la Tortura y Otros Tratos o Penas Inhumanos o Degradantes*. Granada: Universidad de Granada, 1998.
- GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. *Tortura e Prova no Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2002.
- KEEGAN, John. *Uma História de Guerra*. São Paulo: Cia. das Letras, 1995.
- LUIZI, Luiz. *Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: Fabris, 2. ed., 2003.
- MATTOSO, Glauco. *O que é tortura*. São Paulo: Nova Cultural Brasileira, 1986.
- MELLOR, Alec. *La tortura*. Barcelona: Estrela, 1964.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- SANZ, Jesus Barquim. *Los Delitos de Tortura u Trato Inhumanos o Degradantes*. Madrid: Publicaciones del Instituto de Criminologia de la Universidad Complutense de Madrid. Coleccion de Criminologia y Derecho Penal. Edersa, 1992.
- SUDRE, Frederic. *La Notion de Peines et Traitements Inhumains ou Degradants dans la jurisprudence de la commission et de la Cour Européennes des Droits de L'homme*. R.G.D.I.P, t. 88, 1984/4.
- SZANIAWISKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: RT. 1993.
- SZNICK, Valdir. *Tortura: histórico, evolução e crime*. São Paulo: Leud, 1998.
- VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*. Trad. por Frederico Carotti. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- VIVES ANTON. T.S. *Derecho Penal*. Parte Especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2 ed. s.n.
- BAMBER, Helen e outros. La torture et d'autres formes de violence organisée. In: *Réfugiés, les traumatismes de l'exil : le rôle humanitaire de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge / Ligue des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge*: Bruxelles : Bruylant, 1988.
- CEDH. Billan de la Convention Européenne des Droits de L'homme. in *Note Periodique sur les Résultats Concrets Obtenus dans le Cadre de la Convention*. Strasbourg : Les trente premières années 1954 – 1984. 1985.
- CHINELI, Ana Paula; VITURINO, Robson. Dedo na Ferida. in *Superinteressante*. São Paulo: n.208, dez. 2004.

CIDH. Protocolo Adicional a Convenção Americana dos Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais (protocolo nº. 11). <http://www.cidh.org/Basicos/Base4.htm> . Acesso em 01 de agosto de 2006.

COIMBRA, Cecília Maria Bouças; ROLIM, Marcos. “Tortura no Brasil como Herança Cultural dos Períodos Autoritários”. in *CEJ*. n.14, Brasília, ago., 2001.

ESCALANTE, Rodolfo Piza. Protección e Promoción de los Derechos Humanos. São José da Costa Rica: in *Revista de Ciências Jurídicas*, n.39, setembro-dezembro 1979, Universidade da Costa Rica, 1979.

HUMAN RIGHTS WATCH. *Human Rights Watch Report 1995: events 1994*. New York, 1995.

LEDESMA, Héctor Faúndez. “El Derecho a la Integridad Personal y la Prohibición de la Tortura”. in *Revista de la Facultad de Derecho*. Venezuela: Universidad Católica Andrés Bello, 1989.

MAQUEDA ABREU, M.L: “La Tortura y Otros Tratos Inhumanos y Degradantes”, in *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t XXXIX, mayo – agosto 1986.

ONU. *International human rights instruments: Compilation Of General Comments And General Recommendations Adopted By Human Rights Treaty Bodies*. HRI/GEN/1/Rev.7 12 May 2004. <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/> acesso em 11 julh. 2006.

ONU. O comitê contra tortura. in *Direitos Humanos*. Trad. Gabinete de documentação e estudo comparado. Lisboa: Ficha Informativa n.17, ver. rev. , ACNUDH, 2001.

RUIZ, Nathalia Uchoa. La jurisprudência del comitê de la NU contra la tortura. in *Anuário de Derecho Internacional*. Pamplona: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, XX. 2004.

SEGURA, Jorge Rhenán. Una mayor eficacia em la lucha contra la tortura: el proyecto de um protocolo facultativo a la convencion. in *Revista Relaciones Internacionales*. Costa Rica: Escuela de Relaciones Internacionales, Universidad Nacional, segundo trimestre de 1991.

ZOLLER, Elisabeth. La définition des crimes contre l’humanité. in *Journal du Droit International*. Paris: Editions Techniques, 1993.

Jurisprudências

Ac. AHMED v. AUSTRIA, de 16 de novembro de 1996 - TEDH

Ac. ILHAN. DE 27 Junho de 2000 - TEDH

Ac. KURT. C. TURQUIA, de 25 de maio de 1988 - TEDH

Ac. SOERING, de 07 de Julho de 1989 – TEDH

Ac. Z E OUTROS C. REINO UNIDO, de 10 de maio de 2001 - TEDH

Caso TYRER, de 25 de abril de 1978 - CEDH

Caso 10.301 – BRASIL, de 08 de outubro de 2003 - CIDH

Caso 12.417 - Whitley Myrie v. Jamaica, de 12 de outubro de 2004 – CIDH

PREMIERE AFFAIRE GRECQUE. (Req. 3321, 3322, 3323,3344/67 du Danemark. De la Norvège, de a Suède et des Pays – Bas contre la Grèce).

Com. S.S. ELMI v. AUSTRALIA. CAT/C/27/D/162/2000