

O DELITO DE TORTURA NA ORDEM INTERNACIONAL E SUAS IMPLICAÇÕES NO CONTEXTO JURÍDICO E SOCIOPOLÍTICO BRASILEIRO

SUELLEN ELISSA ZAPAROLI PEDROSO¹
LARISSA PIZZOTTI FAIÇAL²
(autoras)

“Degrada-se a linguagem política para que as mentiras soem, a verdade e o assassinato sejam respeitáveis e para dar uma aparência de solidez ao que é puro vento.” (George Orwell)

Resumo: Após a 2ª Guerra Mundial e suas incontáveis perdas, os países do Globo, num esforço universal, se uniram para tentar erradicar práticas que não respeitassem os direitos humanos e propagassem atos incivilizados como a tortura. Desta feita, foram realizadas diversas Convenções e Tratados dos quais o Brasil também fora signatário sobre o tema. No entanto, a positivação brasileira destes atos- torturas- como crime veio de forma tardia e sua aplicação pela justiça não se dá de modo muito eficiente. Assim, o objetivo do presente artigo é analisar o crime de tortura nestas Convenções, Tratados e julgados internacionais, bem como na própria legislação brasileira.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Tortura; Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas e Degradantes.

Sumário: 1. Introdução- 2. Proteção Internacional Contra a Tortura- 3 Tortura na Ordem Jurídica Brasileira- 3.1 Comparativos E Litigância Estratégica- 3.2 Caso Cosme Rosa Genoveva E Outros Vs Brasil - Caso Favela Nova Brasília -4. Origem Da Tortura E Sua Relação Com O Poder E O Punitivismo Brasileiro-4.1 A Tortura como Tipo Aberto- 4.2 A Intensidade do Sofrimento- 4.3 Um Direito Penal da

¹ Mestranda em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Penal pela Escola Superior da Advocacia OAB/SP, parceria com o IBCCRIM (2008), com habilitação para o Magistério Superior. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (2006.). Advogada na cidade de São Paulo.

² Mestranda em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direitos Fundamentais pelo Instituto Ius Gentium Conimbrigae, parceria com o IBCCRIM (2018). Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2018). Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2016). Advogada na cidade de São Paulo.

Vítima- 4.4 O Sadismo como Elemento Jurisprudencial Inesperado- 4.5 A Recomendação às Agressões

INTRODUÇÃO

Após os horrores da Segunda Guerra Mundial, diante da experiência de genocídio e experimentações biológicas realizadas em seres humanos, emerge um movimento de aversão e repúdio à tortura que culminou na aprovação de tratados³: a Convenção contra a tortura ou outras penas ou tratamentos cruéis desumanos ou degradantes (1984) e a Convenção Interamericana para prevenir e punir a Tortura, ambas foram ratificadas pelo Brasil.

As Convenções Internacionais trazem mandados de criminalização e a consagração do direito a não ser torturado como absoluto, sem quaisquer exceções. No plano interno brasileiro apesar de consolidar a proibição por meio de lei, o país assiste a uma realidade de violência sistemática perpetrada por meio da tortura.

Atualmente, no momento sociopolítico brasileiro, assiste-se à legitimação do discurso “bandido bom é bandido morto”. Dentro desse contexto, cria-se ambiente propício para que tortura seja executada no combate à criminalidade e ao inimigo criminoso. O transbordamento de um poder punitivo ocorre através da tortura, e os representantes do Estado, parecem ganhar sustentação teórica no discurso do medo para legitimar episódios de tortura.

Com o fim da diferença entre o poder punitivo e a coerção administrativa direta, toda violência para desbaratar o inimigo torna-se legítima através da pretensa necessidade de legítima defesa. Esse é o discurso legitimante da tortura próprio da ideologia da segurança nacional no sul da América trinta anos atrás e no norte hoje: anulada a diferença entre poder punitivo e coerção direta, torcer o braço de um sujeito ou aplicar-lhe uma bofetada para tirar dela a chave com a qual será desarmada a bomba amarrada no berço de um bebê é a mesma coisa que organizar e planejar a submissão da tortura de um membro de um bando ou de um grupo político violento para desbaratá-lo.⁴

Dentro da legislação brasileira de combate à tortura encontra-se um tipo aberto que cria um espaço de interpretação para o juiz em grande escala, o

³ PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017, pg. 814.

⁴Zaffaroni, Eugenio Raul. *A palavra dos mortos*, Conferências de Criminologia Cautelar São Paulo: Saraiva, 2014, p.409.

que na prática permite ir além da subsunção do fato ao tipo. O que se assiste é um julgamento sobre as características do autor, e da vítima e até mesmo a história e personalidade das testemunhas. Assim, o “livre convencimento” do magistrado se torna instrumento ilegítimo de aplicação do poder punitivo.

Entender o fundamento da tortura que emerge da confusão entre violência e poder, é essencial para combatê-la dentro dos fundamentos da dignidade da pessoa humana e do Estado de Direito. Somente o fortalecimento de uma democracia solidária e inclusiva através do reforço e concretização dos laços comunitários com fundamento na existência humana como um fim em si mesmo, será capaz de criar diques de contenção para deter qualquer transbordamento de violência além dos limites legítimos de poder.

2 PROTEÇÃO INTERNACIONAL CONTRA A TORTURA

A Convenção contra a tortura ou outras penas ou tratamentos cruéis desumanos ou degradantes foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10.12.1984. O Brasil a aderiu e internalizou por meio do decreto no 40/1991. Em seu artigo 1.1 há o conceito de tortura determinando que esta constitui qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais são infligidos intencionalmente a uma pessoa, a fim de obter dela ou de terceiros, 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 das funções públicas, ou por sua situação, ou com seu consentimento ou aquiescência.

Destaca-se também que nesta Convenção o sujeito ativo do crime de tortura somente pode ser funcionário público ou aquele que, temporariamente, exerce funções públicas- configurando-se crime próprio de acordo com classificação da doutrina brasileira. Diversamente, a lei brasileira admite também o particular como sujeito ativo do crime de tortura, sem haver qualquer inconstitucionalidade. Não há inconvenção, pois o artigo 1.2 prevê que não haverá interpretação restritiva por meio da Convenção quando houver outro instrumento ou legislação que contenha dispositivos de alcance mais amplo. Tal previsão visa proteger o princípio de que os direitos humanos não podem sofrer retrocesso, mas sim serem sempre construídos e ampliados.

na mesma linha do critério *pro homine*, há o princípio da prevalência da norma mais favorável ao indivíduo, que defende a escolha, no caso de conflito de normas (quer nacionais ou internacionais) daquela que seja mais benéfica ao indivíduo. Por esse critério, não importa a origem (pode

ser norma internacional ou nacional), mas sim o resultado: o benefício ao indivíduo.⁵

O artigo 2.2 desta Convenção prevê que o direito de não ser torturado é absoluto, não admitindo nenhuma exceção: em nenhum caso poder-se-á invocar circunstâncias excepcionais tais como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública como justificativa para tortura.

Bobbio nos ensina que os direitos em sua maioria não são absolutos, nem constituem categoria homogênea, essa situação rara ocorre quando existem direitos fundamentais que não estão em concorrência com outros da mesma categoria:

O direito a não ser escravizado implica na eliminação do direito de possuir escravos, assim como o direito de não ser torturado implica na eliminação do direito de torturar. Esses dois direitos podem ser considerados absolutos, já que a ação que é considerada ilícita em consequência de sua instituição e proteção é universalmente condenada.⁶

Nesse contexto, cabe esclarecer que a teoria da bomba relógio (*ticking bomb scenario theory*) é inaplicável no direito brasileiro. Vertente do Direito Penal Máximo, ela defende a possibilidade de se torturar uma pessoa em face de um chamado “estado de necessidade coletivo” dando ensejo à exclusão de ilicitude (medida tomada para se evitar atentados). Esta teoria encontra aceitação nos EUA, no qual o governo é conhecido por implementar medidas contraterroristas. Contudo, como já explicitado, as duas convenções assinadas pelo Brasil proíbem a tortura de forma absoluta.

Greco ao tratar desse cenário explica que para justificar a tortura usa-se a “regra da decadência”. Esta se traduz na ideia de quem se comporta mal perde, por seu mau comportamento, a pretensão de não ser torturado e de que sua dignidade seja respeitada. Portanto, o ser humano não teria dignidade *per se*, pelo simples fato de ser humano. A dignidade aqui seria disponível dependendo de decisões tomadas anteriormente. O segundo aspecto seria a “regra dos custos”, segundo a qual a dignidade seria algo que apenas tem de se respeitar na medida em que os custos desse desrespeito não ultrapassem um determinado limite.

Para Greco, a questão seria não se obedecemos a regras, mas sim a que regras nos submetemos. Contrariamente a essas regras citadas acima, nossa

⁵ RAMOS, Andre de Carvalho. Curso de direitos humanos. São Paulo. Saraiva, 2014, pg 106.

⁶ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Editora Elsevier, pg. 41.

tradição jurídica preceitua que a dignidade do homem não está à disposição da utilidade do Estado nem dos outros cidadãos. No caso do Estado Democrático de Direito como o nosso, haveria limites absolutos no trato com seres humanos. Para o autor o Estado de Direito tem de existir, inclusive em face ao pior e cita Roxin: “a sua superioridade moral em relação ao delinquente consiste no fato de que o Estado não se vale dos mesmos métodos que ele.”⁷

A gravidade da tortura precisa ser contextualizada com a questão da legitimação do poder estatal e o uso do monopólio da violência. Duek cita Arendt para tratar da diferença entre poder e violência. O poder de uma pessoa estaria vinculado a uma autorização prévia de membros do grupo para em nome deles agir, já a violência, diferentemente, como meio precisaria ser justificada pelos fins por ela almejados e sempre pode derrubar o poder:

A violência sempre pode destruir o poder; do cano de um fuzil nasce a ordem mais eficiente, resultando na mais perfeita e instantânea obediência. O que nunca pode nascer daí é o poder.”⁸

Por isso, a violência e coerção estatal devem ser limitadas pela dignidade humana e alicerçadas nos princípios do Estado Democrático de Direito. Não há legitimação de poder onde se quebra os diques de contenção da Democracia.

Nessa Convenção também há mandado de criminalização para que cada Estado parte assegure que todos os atos de tortura sejam previstos como crimes segundo a legislação penal. No mesmo sentido, tentativa, cumplicidade ou participação em atos de tortura. Ademais, a punição deve ser adequada de acordo com a gravidade da conduta, e aqui o Direito Internacional de Direitos Humanos se socorre do Direito Penal.

Quanto à aplicação da Convenção, é importante entender que seu órgão de monitoramento é o Comitê contra Tortura e seus mecanismos de proteção são: relatórios periódicos, e todos os seguintes dependentes de aceitação do estado: procedimento de inquérito, petições interestatais, petições individuais.

Em 2006, o Brasil aceitou a competência do Comitê para receber e analisar petições individuais, não tendo havido, porém, o decreto de promulgação. Em 2002, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou Protocolo Facultativo à Convenção contra Tortura que estabeleceu sistema de visitas regulares efetuadas por órgãos nacionais e internacionais independentes a

⁷ Greco, Luís. As regras por trás da exceção – Reflexões sobre a tortura nos chamados “Casos de Bomba Relógio”.

⁸ ARENDT, Hannah apud MARQUES, Oswaldo H. Duek. Fundamentos da pena. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

lugares onde pessoas são privadas de liberdade com a intenção de prevenir a tortura e outros tratamentos cruéis ou degradantes.

O Brasil aderiu a esse Protocolo e o internalizou mediante o Decreto 6.085/2007. Esse mesmo Protocolo criou o Subcomitê de prevenção da tortura e outros tratamentos ou penais cruéis, desumanos ou degradantes, com a finalidade de visitar os lugares de privação da liberdade e auxiliar os Estados na criação de mecanismos preventivos nacionais. Essa normativa também obriga à criação de mecanismos preventivos para prevenção de tortura em nível doméstico. O Brasil cumpriu tal obrigação através da Lei 12.947/2013, a qual instituiu o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (regulamentado pelo Decreto 8154/2013).

Contrariando seus compromissos internacionais, em 10 de Junho de 2019, o Brasil por meio do Decreto 9.831, destituiu de seus cargos os integrantes do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, órgão responsável por investigar e monitorar as condições de detenção em centros de privação da liberdade, o que na prática esvazia seu funcionamento. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos manifestou sua preocupação, tendo em vista as condições encontradas na visita *in loco* realizada no Brasil, e considerando que essa destituição contraria as obrigações assumidas pelo Brasil.⁹ Em agosto de 2019, a Justiça Federal do Rio de Janeiro, em caráter liminar, em ação movida pela Defensoria Pública da União, determinou a suspensão da parte do Decreto que determinava a exoneração. Contudo, a justificativa foi vinculação da administração ao instrumento convocatório no ato de nomeação desses integrantes.¹⁰

No âmbito do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos foi aprovada a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura em 9 de dezembro de 1985, sendo que Brasil a ratificou em 20 de julho de 1989. A sua definição de tortura está em consonância com a definição da Convenção da ONU, compreendendo três elementos:

- a) a inflição 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); e c) a vinculação do agente ou responsável direta ou indiretamente, com o Estado.¹¹

⁹ Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2019/149.asp>> Acesso em 01.07.2020

¹⁰ Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/308545/peritos-exonerados-do-mecanismo-de-combate-a-tortura-devem-ser-reintegrados>> Acesso em 01.07.2020

¹¹ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo, Saraiva, 2010, p. 211.

Ambas convenções configuram como prática de tortura quando ela for realizada para fins de investigação penal, castigo pessoal ou intimidação. Contudo, apenas a Interamericana prevê tortura por ato omissivo. Também somente ela criou a figura equiparada- que consiste em condutas que, ainda que não aflijam dor ou sofrimento, acabam diminuindo a capacidade física ou mental da vítima. Da mesma forma, também é única ao admitir que determinada medida preventiva ou pena possa resultar em configuração de tortura.¹² Por outro lado, apenas a Convenção da ONU exige: a presença de agente público ou sua aquiescência para caracterização de tortura, e que o sofrimento ocorra de forma aguda.

Por fim, é necessário ressaltar que, em seu artigo 5º, esta convenção também reprovava a derrogação da proibição da tortura em qualquer circunstância, ou seja, também prevê expressamente seu caráter absoluto.

3 TORTURA NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

3.1 COMPARATIVOS E LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA.

A Constituição de 1988 foi a primeira a prever a tortura como crime, inclusive na qualidade de inafiançável e insuscetível de graça e anistia, respondendo por ele os mandantes, executores e os que, podendo evitar, se omitirem. O tratamento diferenciado para a tortura também é previsto expressamente na lei de crimes hediondos. Por fim, apenas em 1997 foi aprovada a lei 9.455 que tipificou o crime de tortura.

Comparando a Legislação Brasileira com a Convenção Interamericana, é preciso destacar dois aspectos: primeiramente que a brasileira restringe o fator discriminação a racial e religiosa, enquanto a Convenção considera de qualquer natureza. Essa restrição parece questionável, pois qualquer tipo de discriminação é relevante, ainda mais considerando que na prática se assiste ao aumento do número de caso envolvendo os mais diversos tipos de discriminação no Brasil, em tempos de ascensão de conservadorismo político e ideológico, como por exemplo, em relação à população LGBT.

Em pesquisa inédita encomendada pelo governo federal e publicada no dia 05 de fevereiro sobre a realidade da população LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais) no sistema carcerário, restou demonstrado que esta sofre constantes violências (emocionais, físicas e sexuais), bem como práticas de tortura específicas da sua condição de gênero dentro das prisões masculinas.

¹² PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017,pg. 815.

O coordenador do estudo visitou pelo menos uma unidade prisional em cada um dos Estados e do Distrito Federal, entrevistando ao todo cento e trinta e uma pessoas encarceradas. Foi descrito que existem padrões de violação e práticas de tortura que atingem especificamente a população de travestis e mulheres trans no cárcere (é comum nos presídios masculinos, que travestis e mulheres trans sejam tratadas como homens, sendo forçadas a cortar o cabelo, usar roupas masculinas, não terem seu nome social respeitado, e terem de abandonar a terapia hormonal). Há relatos de violência sexual e de uso dessas detentas como escudo e de agressões físicas por policiais em situações de rebelião, pelo fato de serem trans.¹³

Segundo aspecto seria quanto à autoria do delito de tortura, a lei brasileira não requer que a vinculação do agente ou responsável pela tortura com o Estado, seja direta ou indiretamente. Na verdade, prevê como causa de aumento de pena o crime ser cometido por agente público. Novamente, não há inconveniência, pois a Convenção da ONU prevê que não haverá interpretação restritiva por meio dela quando houver outro instrumento ou legislação que contenha dispositivos de alcance mais amplo. É o critério *pro homine*, já tratado anteriormente. Com base nele, deve-se buscar a aplicação mais protetiva aos direitos humanos, os quais não podem sofrer retrocesso, mas sim serem sempre construídos e ampliados.

Seguindo mais uma lição de Bobbio em “A era dos direitos” de que o problema no sentido mais amplo não seria mais saber quais e quantos seriam os direitos humanos, mas sim qual é o modo mais seguro de garanti-los, na sequência abordar-se-á quais os caminhos disponíveis por meio das normativas já existentes dentro do sistema nacional e Interamericano para prevenção e combate à tortura.¹⁴

No contexto interno, Hugo Fernandes Matias ressalta que os legitimados para tutela coletiva devem usar a litigância estratégica, considerando a possibilidade de celebração de compromissos de ajustamento de conduta em face dos responsáveis por atos de tortura (art. 5º, parágrafo 6º da lei 7347/85).

Outro viés de atuação indicado pelo autor seria o uso das ações coletivas para fins de responsabilização do poder público em caso de tortura de pessoas sob custódia do Estado (presos, reeducandos, crianças em acolhimento institucional, adolescentes inseridos no sistema sócio educativo)¹⁵. Nesse viés, é possível a aplicação da teoria da responsabilidade civil objetiva prevista pelo art.

¹³ Disponível em: <<https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2020/02/06/estupro-e-tortura-relatorio-inedito-do-governo-federal-aponta-o-drama-de-trans-encarceradas-em-presidios-masculinos.ghtml>> Acesso em 01.07.2020

¹⁴ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Editora Campus, pg.25.

¹⁵ Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-nov-27/tribuna-defensoria-prevencao-combate-tortura-atuacao-defensoria-parte>> Acesso em 01.07.2020

37, parágrafo 6º da Constituição Federal, podendo ser pleiteada inclusive a condenação em danos morais coletivos, indenização genérica por direitos individuais homogêneos, ou o pleito de afastamento dos responsáveis pelas agressões. Exemplo disso foi ação civil pública ajuizada pela Defensoria Estadual de São Paulo que obteve decisão favorável ao afastamento provisório de diretor Fundação Casa após relatos de agressões.¹⁶

Dentro do Sistema Interamericano há alguns caminhos possíveis para se garantir a proteção contra tortura. Segundo o autor os interessados, como a sociedade civil e Defensoria, podem solicitar audiência pública junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (art. 66 do seu Regulamento) com antecedência mínima de 50 dias do início do respectivo período de sessões. Em 2017, defensorias estaduais e sociedade civil conseguiram utilizar esse recurso para debater direitos humanos no sistema socioeducativo, o que incluía a questão da tortura.¹⁷

Poderá também ser protocolada petição na CIDH com ou sem pedido de urgência de acordo com os artigos 44, 46 e 47 da Convenção Americana de Direitos Humanos, além da possibilidade de ingresso com medidas cautelares com fundamento no artigo 25.2 do regulamento da CIDH.

Por fim, vale apontar a educação em Direitos e a capacitação técnica, tanto da sociedade, quanto dos servidores públicos específicos desta área de atuação como forma de prevenção da tortura. Ela está diretamente ligada à ideia de monitoramento. Não é eficaz a criação de normativas que tipifiquem e punam condutas de tortura e maus tratos, se os agentes estatais envolvidos nessa responsabilização não estão imbuídos nos valores democráticos do Estado Democrático de Direito e no princípio da dignidade humana que coloca o homem sem distinção como um fim em si mesmo. Somente esses atores do sistema de justiça podem desvelar o autoritarismo e a violência da tortura que são tipicamente camuflados pela estrutura de poder.

Os direitos humanos existem tanto para limitar o poder do Estado quanto para fomentar sua ação de acordo com os princípios da Justiça. Portanto, fica evidente a necessidade pulsante de que na formação profissional e cidadã dos profissionais envolvidos no sistema que controla e pune a tortura, sejam incluídos conceitos e treinamento específico para desnudar, registrar, processar e responsabilizar o ato de tortura. A efetividade desse direito não será possível enquanto perpetuar a cômoda omissão dos agentes a quem incumbe a aplicação da Justiça.

¹⁶ Ibidem

¹⁷ Ibidem

3.2 CASO COSME ROSA GENOVEVA E OUTROS VS BRASIL - CASO FAVELA NOVA BRASÍLIA

Este foi o primeiro caso brasileiro envolvendo impunidade em relação à violência policial na Jurisdição Contenciosa da CIDH. Vale ressaltar que o Brasil já foi responsabilizado no Sistema Interamericano de Direitos Humanos pelas práticas violentas de policiais no caso Wallace Almeida em 2009.

O caso envolve a responsabilidade do Estado por execuções extrajudiciais praticadas por agentes da Polícia Civil do Rio de Janeiro, entre 1994 e 1995, por ocasião das operações da Favela Nova Brasília, situada no Complexo do Alemão no Rio de Janeiro. Foram 26 mortos, dentre eles adolescentes, vítimas de práticas sexuais e torturas antes de suas mortes, as quais foram registradas como resistência à prisão.

Houve recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para investigação exaustiva por autoridades imparciais para que houvesse responsabilização dos acusados e a extinção imediata da prática de registrar mortes cometidas por agentes estatais como “resistência à prisão”, pois isso maquia a realidade, criando uma aparência irreal de legalidade, ponto determinante para a formação da cifra amarela, que corresponde aos crimes cometidos com arbitrariedades policiais e que sequer chegam ao órgão de fiscalização.

Defende-se aqui que há a hipótese de uma cifra amarela, um número considerável de violências policiais contra a sociedade que, por temor de retaliações ou de uma prática vingativa por parte da corporação, não realizam denúncias. A cifra amarela seria a somatória entre as denúncias feitas na corregedoria da Polícia Militar e/ou Ministério Público e o número de ações violentas cometidas pela polícia contra a sociedade e não explicitadas inscrevendo pessoas infames (FOUCAULT, 1990) no cruzamento com o poder como violentados (PASSETI, 1995).¹⁸

Esse tipo de registro também mascara os dados enviados aos órgãos internacionais de Direitos Humanos, pois alteram o número de homicídios registrados. Essa realidade foi destacada por relator especial sobre execuções

¹⁸ Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/43661/cifras-criminais-da-criminologia>> Acesso em 01.07.2020

sumárias, arbitrárias e ilegais da ONU Philip Alston em sua visita ao Brasil em 2007.¹⁹

Também houve recomendação para que o país treinasse as forças policiais para que estas saibam lidar com os setores mais vulneráveis, a fim de que se supere o estigma de que pessoas de baixa renda são criminosas.²⁰ Por fim, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos concluiu que o Brasil não cumpriu suas recomendações e submeteu o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos em maio de 2015.

Em 16 de fevereiro de 2017, a Corte considerou que não houve independência ou imparcialidade na investigação, assim como mínimos padrões de diligência. Também houve reconhecimento sobre a demora desarrazoada pelo longo prazo sem resposta adequada após quinze anos. Foi ordenado ao Brasil conduzir eficazmente a investigação em curso sobre as mortes, iniciando ou reativando a investigação deficitária, assim como a respeito dos fatos de violência sexual, e avaliar se os fatos devem ser objeto de pedido de deslocamento de competência. Foi determinado que o Brasil oferecesse por meio de instituições especializadas atendimento psicológico e psiquiátrico para as vítimas e realizar ato público para reconhecimento de responsabilidade.

Também consta da sentença a publicação anual de relatório sobre as mortes ocasionadas no país e o estabelecimento de diminuição da letalidade. Destaque também para a obrigação de adotar medidas legislativas ou de outra natureza para que as vítimas e seus parentes participem de maneira efetiva nas investigações conduzidas pelo Ministério Público ou Polícia. O Brasil deverá adotar medidas necessárias para uniformizar a expressão “lesão corporal ou homicídio decorrente de intervenção policial” nos relatórios e investigações em casos de mortes em ações policiais e o conceito de “oposição” e “resistência” deverá ser abolido.²¹ Em julho de 2018, depois de um ano do prazo dado pela Corte, o Ministério Público do Rio de Janeiro anunciou a reabertura das investigações das duas chacinas em processo que tramita no 1º Tribunal do Júri.²²

Vale destacar que, na esteira dessa luta contra a tortura, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, juntamente com o Conselho

¹⁹Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/relator-especial-da-onu-considera-que-as-mortes-causadas-pela-policia-brasileira-continuam-tendo-taxas-alarmanetes-o-governo-tem-falhado-em-tomar-todas-as-medidas-necessarias/>> Acesso em 01.07.2020

²⁰ PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017, p.657.

²¹ Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/images/Banco_de_imagens/SENTENCIA_FAVELA_NOVA_PORTUGUESfinal.pdf> Acesso em 01.07.2020

²² Disponível em: <<https://www.justificando.com/2019/04/30/chacinas-de-nova-brasilia-esquecimento-interrompido/>> Acesso em 01.07.2020

de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, editou a Resolução 8/2012, a qual dispõe sobre “a abolição de designações genéricas”, como “autos de resistência”, “resistência seguida de morte”, em registros policiais, Boletins de Ocorrência, Inquéritos Policiais e notícias crime. Também destaca a inexistência de excludente de ilicitude denominada “resistência seguida de morte”, documentada frequentemente como “auto de resistência à prisão”.

Nesse ponto, é necessário destacar a proposta em 2019 dentro do Pacote Anticrime feita pelo então Ministro da Justiça Sérgio Moro, de alteração do artigo 23 do Código Penal acrescentando parágrafo 2º que previa para a punição de excessos cometidos por policiais em ação que: “o juiz poderá reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la se o excesso decorrer de escusável medo, surpresa ou violenta emoção”.

Na prática seria a criação de uma excludente específica para excessos cometidos por agentes públicos. A proposta foi criticada como “licença para matar” para uma polícia já com alto índice de letalidade e acabou sendo rejeitada em setembro de 2019. Essa proposta legislativa contraria diretamente as diretrizes indicadas na condenação do Brasil no caso Favela Nova Brasília. A determinação da Comissão Interamericana de que o país treinasse as forças policiais para que estas saibam lidar com os setores marginalizados, e a da Corte de que o Brasil diminua a letalidade policial estão na contramão dessa proposta legislativa.

Por fim, importante destacar que por meio do Mecanismo de Revisão Periódica Universal da ONU em julho de 2012, o Brasil recebeu uma série de recomendações, mas não aceitou uma delas, especificamente elaborada pela Dinamarca: a unificação das Polícias Civil e Militar.²³ Discute-se a desmilitarização da Polícia Militar, que atualmente é vinculada ao Exército como força reserva. A ideia seria dismantelar a estrutura militar quanto à subordinação da Polícia Militar ao Exército e sua estrutura interna. Seus defensores colocam que dessa forma membros da polícia estarão mais preparados e treinados para lidar com a violência brasileira, conferindo maior grau de humanidade aos membros.

Na esteira dessa tendência de busca pela diminuição da letalidade policial, após incidentes ocorridos nas manifestações de 2014, foi editada Lei 13.060 de 2014 que estabelece que os órgãos de segurança pública deverão priorizar a utilização de instrumentos de menor potencial ofensivo, desde que seu uso não coloque em risco a integridade física e psíquica dos policiais e sempre à luz dos princípios da legalidade, necessidade, proporcionalidade e razoabilidade. É um instrumento que protege tanto a dignidade do policial quanto do

²³ Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/a-onu-nao-recomenda-o-fim-da-policia-militar-no-brasil/amp/>> Acesso em 01.07.2020

manifestante, mas que na prática parece não ser efetivado, pois a distância entre o dever ser normativo e as práticas policiais precisam ser intermediadas pelo treinamento e educação em direitos dos agentes públicos envolvidos.

4 ORIGEM DA TORTURA E SUA RELAÇÃO COM O PODER E O PUNITIVISMO BRASILEIRO

A tortura remete à história da função da pena. Foucault ensinou que a prática da tortura remonta à Inquisição, e também ainda mais longe aos suplícios dos escravos:

É verdade que a prática da tortura remonta à Inquisição, é claro, e mais longe ainda do que os suplícios dos escravos. Mas ela não figura no direito clássico como sua característica ou mancha. Ela tem seu lugar estrito num mecanismo penal complexo em que o processo de tipo inquisitorial tem um lastro de elementos no sistema acusatório; em que a demonstração escrita de um correlato oral; em que as técnicas da prova administrada pelos magistrados se misturam com os procedimentos de provas que eram desafios aos acusado; em que lhe é pedido – se necessário pela coação mais violenta – que desempenhe no processo o papel voluntário; em que se trata em suma de produzir a verdade por um mecanismo de dois elementos – o do inquérito conduzido em segredo pela autoridade judiciária e o do ato realizado ritualmente pelo acusado. O corpo do acusado, corpo que fala e, se necessário, sofre, serve de engrenagem aos dois mecanismos; é por isso que, enquanto sistema punitivo clássico não for totalmente reconsiderado, haverá muito poucas críticas radicais da tortura.²⁴

A tortura de acusados já passou pelo fim de expiação da culpa, bem como pela função de meio de prova para obtenção da verdade. Mas, na atualidade, e com a humanização da pena e a formação de Estados Democráticos de Direito, o suplício mostra-se inaceitável:

Um dos principais pressupostos da função do Estado de Direito encontra-se na ideia de Estado racional, cujas decisões racionais objetivam garantir certos valores. Dentre eles, destaca-se a garantia de um dos principais conceitos

²⁴ FOUCAULT, Michel, Vigiar e Punir: História da violência nas prisões. 23. ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 36.

da filosofia política e quiçá da realidade humana: o conceito de pessoa. (...)

O conceito de pessoa humana talvez tenha sido o mais revolucionário da história do homem da Terra, traduzindo-se como imensa contribuição da cristandade para nossa sociabilidade.²⁵

Os movimentos humanitários pós guerra trouxeram para o Direito Penal uma nova doutrina de defesa social. A ideia de punição cede lugar a medidas de ressocialização e de aperfeiçoamento do delinquente. Contudo, mesmo com a monopolização da violência pelo Estado e os inúmeros princípios de contenção no uso do poder punitivo, a vingança continua na prática a acompanhar a finalidade da pena- a tortura parece sempre vir acompanhada da função de vingança delineada por Nietzsche.

Duek ensina que para Nietzsche há dois tipos de vingança: a restauradora com a qual “quer-se fazer mal”, e a de autoconservação, a qual seria uma espécie de contragolpe ofensivo contra objetos e pessoas que causam danos ou ofensas, aproximando-se de excludentes de antijuridicidade. A ideia que o filósofo traz é de que o infrator seria um devedor, e pela quebra do contrato com a sociedade, isso justificaria toda hostilidade e ira desta contra o violador do pacto social.²⁶

A tortura como é praticada na atualidade parece abarcar as duas espécies definidas acima. Muitas vezes, usa-se como justificativa para sua prática um “estado de necessidade” para se obter informações ou confissões a fim de se evitar ou fazer cessar um crime. Outras, a ideia de um inimigo que quebrou as regras sociais justifica o uso da tortura como forma de devolver o mal causado e justifica a ira, como uma forma de compensação afetiva à sociedade inclusive. Contudo, essa ideia de direito penal do autor, não encontra respaldo nos fundamentos que hoje colocam o monopólio da violência e da punição sob a responsabilidade do Estado:

Canalizamos a violência vingativa no sistema penal, mas nos silenciemos quando o poder punitivo rompe os diques de contenção jurídica do direito penal e eclode em massacres, cujos autores são precisamente os que, segundo o discurso, têm função de preveni-los.²⁷

²⁵ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto, Autoritarismo e golpes na América Latina. Breve ensaio sobre jurisdição e exceção. São Paulo: Alameda, 2016, p. 164.

²⁶ MARQUES, Oswaldo H. Duek. Fundamentos da pena. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 8-10.

²⁷ Zaffaroni, Eugenio Raul. A palavra dos mortos, Conferências de Criminologia Cautelar São Paulo: Saraiva, 2014, p. 403.

Segundo Zaffaroni a busca ansiosa por poder ilimitado gera massacres. A exploração da vingança acaba no estado policial e por ser naturalmente irracional, ela tende ao fracasso. Por isso, é necessário reconhecer que, nas condições conhecidas, o poder punitivo carece de racionalidade ao canalizar a vingança como se elemento racional fosse.

A figura do inimigo no Direito penal serve a um poder punitivo deslegitimado em balizas constitucionais de proteção de bens jurídicos e da dignidade humana, mas relegitimado pelo discurso do medo e da criminalização da miséria. A banalização da barbárie nos casos de tortura, a normalização da exclusão do acusado de um ambiente de direitos, a sua negação como sujeito de direitos é produto de um punitivismo cada vez mais ascendente na aplicação Direito Penal.

O bandido não é tratado como o cidadão que erra, mas como um inimigo da sociedade, não se reconhecendo nele os direitos fundamentais inerentes à condição de ser humano.

Sob pretexto de combater esse inimigo que supostamente ameaça a segurança e a integridade da sociedade, adota-se um verdadeiro Estado de polícia, que governa as periferias pobres e que suspende os direitos fundamentais da pessoa tida como inimiga.²⁸

4.1 A Tortura como Tipo Aberto

A primeira e mais clara problemática trazida pela lei da tortura brasileira, assim como por outros diversos tipos penais, é a sua falta de "taxatividade", princípio indispensável à correta aplicação do Direito Penal pelos magistrados e que, sem sua observação, pode levar a sociedade à completa insegurança jurídica- por não saberem se suas condutas constituem crime, e mais, qual seria esse crime.

Explicada por Nucci (2019) como um dos princípios derivados da Legalidade, insculpida no artigo 5.º, XXXIX, da Constituição Federal, a taxatividade preconiza que os tipos penais devem ser formulados da forma mais cuidadosa possível, de modo a não deixar espaços de interpretação dúbia e que possam significar coisas extremamente diversas aos diferentes indivíduos.

Nas palavras de Nucci (2019):

²⁸ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto, Autoritarismo e golpes na América Latina. Breve ensaio sobre jurisdição e exceção. São Paulo: Alameda, 2016, p. 169.

O primeiro diz respeito à necessidade de que os tipos penais incriminadores sejam minuciosamente construídos, evitando-se terminologia dúbia e fomentando-se a insegurança na sua aplicação. Afinal, a Constituição prevê a inexistência de crime sem lei que o defina, querendo demonstrar ser imprescindível uma correta enunciação, coibindo-se os eventuais abusos do Poder Judiciário.

Analisando, assim, a Lei brasileira contra a tortura, podemos perceber que, de modo díspar do realizado pelas Convenções- tanto da ONU quanto da OEA- não trouxe qualquer definição do que seria a tortura, podendo ser confundida com tipos penais como o de “maus-tratos” e “lesão corporal”.

O fato de se tratar de um tipo aberto torna a tortura um crime que, para sua configuração, depende da interpretação do juiz em grande escala e que considera não apenas a subsunção da conduta ao tipo penal, como também as características do autor, quem é a vítima e até mesmo a história e personalidade das testemunhas. Assim, o livre convencimento do magistrado se torna papel central destes tipos de processo.

Se o protagonismo judicial como modo de concretizar direitos já existe sem qualquer tipo de auxílio, a elaboração de leis inexatas como a da tortura apenas propiciam o alargamento deste cenário em que a interpretação magistral não é constrangida pela lei e pode seguir apenas a sua “consciência”, desde que fundamentada, o que é propiciado pelo Princípio do Livre Convencimento Motivado.

Conforme Streck (2019) “o papel da doutrina e da academia é criar constrangimentos epistemológicos para com o judiciário e com o ministério público (...) constrangimento epistemológico no âmbito do Direito é condição de possibilidade para uma democracia autêntica, que se respeite enquanto tal”- de forma, portanto, a sanar esses vácuos legais.

Com o giro ontológico-linguístico, explicado por Streck (2013), compreendemos que as palavras utilizadas pelo legislador fazem papel mister de restrição à interpretação do julgador por determinar que o significado de cada elemento não é mais como antigamente e, portanto, não mais se encontra na consciência, também vista como o sentir de cada um com relação ao objeto.

Esse significado se encontra propriamente na linguagem que, por meio de símbolos, se concretiza através de uma criação coletiva. Estabelece-se, então, a universalidade de compreensão que possibilita a positivação da lei- haja vista a interpretação dos símbolos (palavras) serem objeto de *racionalização* e não apenas de arbítrio desejante- que até hoje acontece:

Como já se viu, deslocar o problema da atribuição de sentido para a consciência é apostar, em plena era do predomínio da linguagem, no individualismo do sujeito que “constrói” o seu próprio objeto de conhecimento. Pensar assim é acreditar que o conhecimento deve estar fundado em estados de experiência interiores e pessoais, não se conseguindo estabelecer uma relação direta entre esses estados e o *conhecimento* objetivo de algo para além deles (Blackburn) (STRECK, 2013).

4.2 A Intensidade do Sofrimento

Como se não bastasse o fato dos juízes já deixarem claro que estão julgando “de acordo com a sua consciência” ou “seu entendimento pessoal sobre o sentido da lei” (STRECK, 2013), encontramos no inciso II da Lei de tortura elementos que legitimam essa dúvida. Isso se dá quando para a caracterização da tortura realizada por agentes do Estado ou indivíduos que tenham a vítima sob sua “guarda ou autoridade” (a exemplo dos pais), exige-se a presença do *intenso* sofrimento da vítima.

Questiona-se o que seria esse “intenso”, haja vista ser algo absolutamente subjetivo e sentido pelas pessoas de forma diferente e a depender de muitos fatores. Uma pesquisa de Jeffrey Mogil²⁹, professor da Universidade de Illinois, mostrou que a percepção de dor é extremamente individualizada e nada se relaciona com a fraqueza pessoal de cada indivíduo.

Por outro lado, as decisões dos tribunais apenas servem para trazer mais dúvida acerca do significado deste sofrimento intenso e do que seria o crime de tortura. Senão, vejamos o apontado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo para a diferenciação entre tortura e maus-tratos:

O delito de tortura exige para a sua configuração típica que a vítima sofra intenso sofrimento físico ou mental. Cuida - se, aqui, portanto, de situações extremadas, por exemplo: aplicar ferro em brasa na vítima. O móvel propulsor desse crime é a vontade de fazer a vítima sofrer por sadismo, ódio e não o *animus corrigendi* ou *disciplinari*. Nesse sentido “A tortura refere-se ao flagelo, ao martírio, à maldade, praticados por puro *sadismo imotivado* ou na expectativa de extorquir notícia, confissão ou informação qualquer, sem se lugar a um sentimento de castigo, de reprimenda

²⁹MOGIL, Jeffrey. *The Measurement of Pain in the Laboratory Rodent*. Disponível em <<https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780190860509.001.0001/oxfordhb-9780190860509-e-21>> Acesso em: 18.05.2020

por ato que se repute errôneo, impensado, mal-educado, ao passo que o delito de maus-tratos, diferentemente, diz respeito ao propósito de punir, de castigar para censurar ou emendar(grifo nosso).³⁰

É perceptível que, para além da utilização indefinida de “intenso” sofrimento, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ainda traz outro elemento tão ou mais difícil de interpretação, qual seja a presença de “sadismo imotivado”.

Conforme a pesquisa de Maria Gorete Marques de Jesus (2010) verifica-se que, juntamente com o sadismo imotivado, os magistrados requerem a configuração de um “vil sentimento lascivo” por parte do agressor.

Pelo seguinte exemplo mostrado pela pesquisadora, aponta-se que, usualmente, os magistrados determinam se os pais cometeram tortura e não maus-tratos, averiguando se estes são bons ou maus pais, independentemente da conduta realizada. Com a aplicação do tipo aberto, determinam o ato parental como sádico e fetichista.

Porém, é questionável como fazer esse tipo de determinação. Seria com base apenas em sua definição pessoal do que seria sadismo, sem qualquer laudo psicológico? A resposta parece ser positiva e característica marcante nesses processos de tortura:

As análises dos processos revelaram que nos casos em que o(a) acusado(a) é pai, mãe, padrasto ou madrasta, demonstra-se regular, durante o processo, a prática de avaliar o papel desses atores com relação à vítima. Caso eles supostamente não desempenhem bem seus papéis e sejam considerados “maus” cumpridores de suas funções como responsáveis pelos seus filhos ou enteados, recorrentemente se verificou que se sustenta que a agressão praticada contra a vítima corresponderia a um ato sádico e perverso, sem nenhum motivo de correção ou educação. A vítima é vista como um ser indefeso diante de seu agressor. Não é raro encontrar nos processos expressões como “uma pobre criança indefesa” ou “uma inocente criança que não tinha forças para se defender” (JESUS, Maria Gorete, 2010).

³⁰ Acórdão do TJSP, Apelação n. 145.497-3/6.

Outra problemática surge quando a vítima é adolescente, situação que se agrava quando este é considerado infrator. Aqui se aponta uma avaliação desconexa. Em casos em que as vítimas são crianças, vistas como puras pelos juízes, a condenação acontece com base em indícios. Porém quando as vítimas são adolescentes em conflito com a lei, estes são vistos como “torturáveis” e a absolvição ocorre porque apenas indícios não são o suficiente para provar que os ferimentos não foram auto infligidos.

Nesse sentido, trecho de sentença trazida por Maria Gorete (2010), num caso em que 23 funcionários da antiga FEBEM foram processados pela tortura de 29 adolescentes que lá cumpriam suas medidas de internação. Consta que, durante sua transferência após rebelião, os agentes responsáveis os teriam espancado e ordenado que permanecessem apenas de cueca, sentados com as cabeças entre os joelhos:

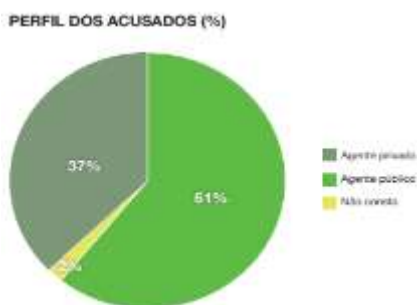
[o]s adolescentes que reconheceram alguns dos acusados poderiam nutrir em relação a eles sentimentos de animosidade [grifo nosso], que os levassem a incriminá-los falsamente, em razão do longo período que com eles conviveram na unidade onde estavam internados, sendo importante ressaltar que as vítimas não são totalmente isentas e suas declarações devem ser recebidas com reservas.

Reforçando a ideia da diferença de interpretação de acordo com os autores e vítimas, Maria Gorete (2010) traz outro exemplo notório de absolvição dos réus pelo magistrado, sob a seguinte afirmação:

(...)vítima teria tempo de sobra para lesionar-se de forma leve, depois de liberada e antes de comparecer à Corregedoria, com a intenção de inculcar a prática aos policiais [grifo nosso], em tom de rebeldia, raiva e vingança decorrente da apreensão de seu automotor, fato que também devo analisar, inclusive me comprometo na ideia de remessa do caso à Justiça. Os julgamentos do crime de tortura, pois paira dúvida, inclusive, quanto a eventual excesso de abordagem, que na linha como exposto pela prova, foi realizada como condição necessária e de forma moderada [...] a ficha dos policiais não os desabona, e inclusive há prova de que são pessoas respeitáveis, cumpridoras de seus deveres, sem amálgamas na carreira.

4.3 Um Direito Penal da Vítima

Antes de se tratar da problemática do “sadismo imotivado”, é importante colacionar pesquisa da Pastoral Carcerária³¹ que demonstra o quanto as condenações de tortura dependem tão mais da vontade do magistrado e suas impressões pessoais sobre os autores e vítimas, do que a subsunção da conduta ao tipo penal em si:



Fonte: PASTORAL CARCERÁRIA; *Julgando a Tortura: Análises jurisprudenciais de nos Tribunais de Justiça do Brasil (2005-2010)*.



Fonte: PASTORAL CARCERÁRIA; *Julgando a Tortura: Análises jurisprudenciais de nos Tribunais de Justiça do Brasil (2005-2010)*.

Dados semelhantes são encontrados no gráfico trazido por Maria Gorete (2010) e disponível junto à Revista Dilemas:

Desfecho Processual/ Categoria do Réu				
200-2008				
Decisão 1ª Instância	Civil	Preso	Agente do Estado	Total
Absolvido(a)	3	10	127	140
Condenado(a) por outro crime	3	0	21	24
Condenado(a) por crime de tortura	6	0	33	39
Total	12	10	181	203

Fonte: Processos Criminais das Varas Criminais de São Paulo, Fórum da Barra Funda, município de São Paulo, 2000-2008

³¹ Julgando a Tortura: Análises jurisprudenciais de nos Tribunais de Justiça do Brasil (2005-2010). Disponível em: https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/01/documento_julgando-a-tortura.pdf. Acesso em: 18.05.2020.

Fonte: JESUS, Maria Gorete Marques de. Os julgamentos do crime de tortura: um estudo processual na cidade de São Paulo

A primeira discrepância se apresenta entre os números trazidos pela pesquisa da Pastoral Carcerária, em que, apesar de 61% dos acusados de tortura representarem agentes públicos, contra 37% de acusados agentes privados (primeiro gráfico), 70% dos agentes privados foram condenados, versus 50% dos agentes públicos. Ressalte-se ainda que a dosagem da pena é maior nos casos em que os autores são agentes privados.

No terceiro gráfico, trazido na pesquisa de Maria Gorete (2010), de 181 agentes do Estado, 127 foram absolvidos, enquanto que, dentre 12 civis apenas 3 foram absolvidos. Alarmante ainda a diferença quando o réu é agente do Estado. Nos 10 casos houve 10 absolvições, o que demonstra a normalização da tortura nas prisões e entre presos perante a visão do magistrado e, portanto, da sociedade.

Desta análise de dados, resta a dúvida acerca do que realmente está em julgamento no crime de tortura, o fato que deve sofrer a subsunção à norma, ou de fato o perfil dos acusados e, mais ainda, o das vítimas.

4.4 O Sadismo como Elemento Jurisprudencial Inesperado

Passemos, então, à justificação jurisprudencial de determinadas condutas serem tipificadas como tortura com base no “sadismo imotivado” a configurar “vil sentimento lascivo”. O tema não apenas aparenta ser, como, de fato, é de alta complexidade, algo extraível do próprio verbete “sadismo” em dicionários de psicanálise:

sadismo al. Sadismus; esp. sadismo; fr. sadisme; ing. sadism
Termo criado por Richard von Krafft-Ebing* em 1886 e forjado a partir do nome do escritor francês Donatien Alphonse François, marquês de Sade (1740-1814), para designar uma perversão* sexual — pancadas, flagelações, humilhações físicas e morais — baseada num modo de satisfação ligado ao sofrimento infligido ao outro.

Esse termo proveio essencialmente do vocabulário da sexologia*, mas foi retomado por Sigmund Freud* e seus herdeiros no quadro mais geral de uma teoria da perversão e da pulsão* estendida a outros atos além das perversões sexuais. Nesse sentido, foi acoplado ao termo masoquismo* para formar um novo vocábulo, o sadomasoquismo*, que

posteriormente se impôs em toda a terminologia psicanalítica. (PLON; ROUDINESCO, 1998).

Destacamos, ainda, a definição presente no dicionário de psicanálise de Laplanche e Pontalis (2000) que aponta para a utilização equivocada do termo “sadismo” como um sinônimo de agressividade- algo que aparenta ser a utilização dada pelos operadores legais:

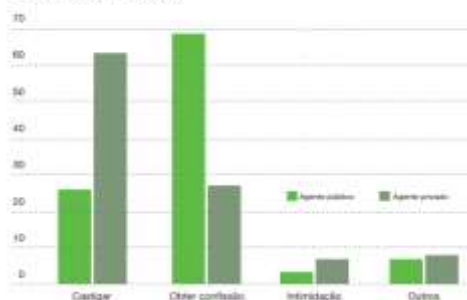
Notemos que, do ponto de vista terminológico, a maioria das vezes, Freud reserva o termo ‘sadismo’ (Três ensaios sobre a teoria da sexualidade [13,-ei Abhandtngen zur Sexualtheorie, 1905), por exemplo) ou “sadismo propriamente dito” (1) para a associação da sexualidade e da violência exercida sobre outrem. No entanto, às vezes chama de sadismo, de uma forma menos rigorosa, apenas ao exercício desta violência, fora de qualquer satisfação sexual (2) (twr: pulsão de dominação, agressividade, sadismo — masoquismo). Essa acepção, que, como o próprio Freud sublinhou, não era absolutamente rigorosa, tomou grande extensão em psicanálise, o que levaria, erradamente, a tomar o termo “sadismo’ como sinônimo de agressividade. Este uso do termo é particularmente nítido nos escritos de Melanie Klein e da sua escola. (grifo nosso).

A partir desta breve demonstração da complexidade do assunto e, considerando que uma marca dos processos de tortura é a ausência de laudo psicológico- se da vítima, quem dirá do agressor- como pode o juiz determinar que o agente estava sob domínio de natureza sádica no momento da prática da conduta?

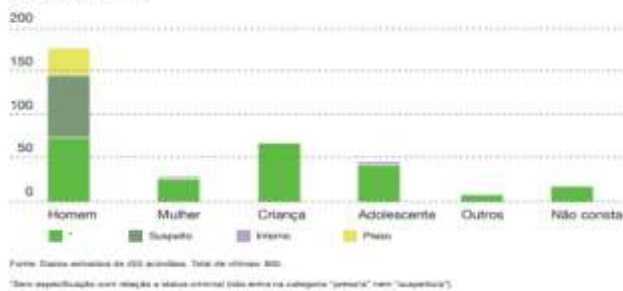
Ademais, e como se não bastasse, qual o conhecimento que se tem da psiquê e história do indivíduo para caracterizar qualquer uma de suas questões psicológicas como “imotivadas”?

Como poderia o juiz averiguar se foi um ato de pura lascívia ou um meio de conseguir uma prova ou confissão? E, ainda mais preocupante, como saberia se não foi apenas um meio de infligir um castigo a outro indivíduo que se acredita merecedor deste, algo notável ao se visualizar o seguinte gráfico que mostra que os condenados são os que mais sofrem tortura, desaguando na confirmação da crença social de que o fim do direito penal é a vingança, o castigo, sem qualquer tipo de prevenção:

PROPÓSITO DA TORTURA DESCRITA NOS ACÓRDÃO E PERFIL DOS ACUSADOS (%)



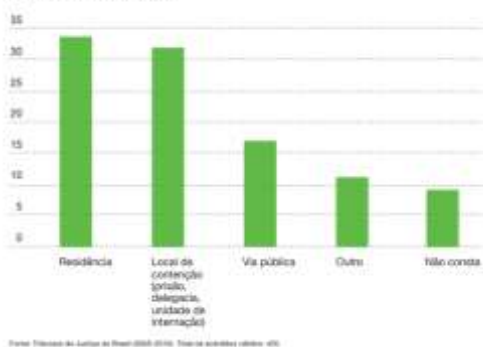
PERFIL DA VÍTIMA



Fonte: PASTORAL CARCERÁRIA; *Julgando a Tortura: Análises jurisprudenciais de nos Tribunais de Justiça do Brasil (2005-2010)*.

Em análise combinada dos gráficos, percebemos que o maior motivo para a tortura é o castigo e a obtenção de confissão realizadas (gráfico 4), na sua maioria contra homens "suspeitos" ou "presos" (gráfico 5)- o que , pela lógica, só poderia ter como local dos delitos delegacias e estabelecimentos prisionais. Porém, analisemos o seguinte gráfico para uma reflexão:

LOCAL DE OCORRÊNCIA (%)



Fonte: PASTORAL CARCERÁRIA; *Julgando a Tortura: Análises jurisprudenciais de nos Tribunais de Justiça do Brasil (2005-2010)*.

Se a maioria das vítimas do crime de tortura são homens , ou seja, adultos (gráfico 5) e, em sua maioria "suspeitos" ou "condenados", e os maiores índices de acusados são agentes do Estado (61%, gráfico 1), buscando castigar ou obter confissão (gráfico 4), como se explica o apontamento das Residências como locais da ocorrência?

Possível explicação está na falta de taxatividade da lei e na consequência de interpretação de muitas "lesões corporais" e "maus-tratos" como condutas típicas da tortura com base nesse "sadismo imotivado". Soma-se a isso a dificuldade do juiz e da comunidade em visualizar um policial diligente e que oferece segurança ao bairro como um "torturador" que, conforme a jurisprudência, deve deter essa

mesma personalidade “sádica” atribuída aos crimes cometidos em âmbitos domésticos.

4.5 A Recomendação às Aversas

Após a análise dos gráficos e utilizando o conhecimento adquirido acerca do tema, tome-se como os locais comuns de cometimento da tortura as delegacias e estabelecimentos prisionais, o que coaduna totalmente com a Teoria da Tortura como Crime de Oportunidade trazida por Nigel Rodley (2001) em seu Relatório sobre a Tortura no Brasil e pela Teoria da Abordagem de Rotina desenvolvida por Cohen e Felson (MAIA, 2006).

Sucintamente, com base nestas teorias citadas acima, a tortura possui dois elementos que devem ser preenchidos para sua realização: a) atratividade do alvo, em que o indivíduo tem valor simbólico, ou seja, algo a oferecer ao agente (como sua confissão ou punição); b) acessibilidade, que se refere ao indivíduo que pode ser facilmente retirado da sociedade, por sua baixa fiscalização ou supervisão.

Somados os elementos “a” e “b” à falta de vigilância (que pode ser feita por qualquer membro da sociedade) e o encontro oportuno com “possíveis agressores”, elemento da segunda teoria, teríamos o ambiente perfeito para a tortura. Todavia, é interessante o fato de que se descreve assim o próprio ambiente da delegacia, o que apenas mostra a tortura como prática institucionalizada.

Como forma de sanar essa problemática, por meio da Recomendação nº 3 Rodley apontou para a custódia do preso em delegacia e sem contato com um magistrado, ter duração máxima de até 24 horas. Dessa forma, pretende-se retirar os “alvos” do local propício ao ato abusivo e a sensação de recompensa do agressor ao assistir o seu ato e ter a vítima sob sua autoridade.

Assim, lançadas em 2015, as audiências de custódia, que determinam uma rápida apresentação dos presos em flagrante aos juízes, vieram com propósito reduzir o encarceramento em massa e combater a violência policial, além de obedecerem ao disposto no artigo 8º do Pacto de San Jose da Costa Rica e efetivarem a Recomendação nº 03 de Rodley.

Dados do Conselho Nacional de Justiça³² apontam que entre 2015 e 2019 foram realizadas 711.148 audiências de custódia no âmbito da justiça Estadual e,

³² Estatística de Audiência de Custódia Estadual. Disponível em: <https://paineis.cnj.jus.br/QuAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_!%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shSISTAC> Acesso em: 20.05.2020.

que mais de 50% desse percentual ainda resultou em prisão preventiva (424.093). No que tange a relatos de tortura, maus-tratos, o número é de 40.319.

Em pesquisa realizada pelo Instituto Conectas denominado “Tortura Blindada” foram 393 casos analisados do Fórum Criminal da Barra Funda com o fim de verificar o uso das audiências de custódia como mecanismo de combate e prevenção a tortura e maus tratos. Pelo fato da apresentação do preso ocorrer em até vinte e quatro horas, deveria esta audiência funcionar como importante instrumento para comprovar a presença de marcas e provas de violência, as quais poderiam se perder com o tempo. Contudo, o estudo apresentado demonstra omissão e descompromisso dos órgãos públicos envolvidos (Magistratura, Ministério Público, Defensoria Pública e Instituto Médico Legal) na forma como se lida com os testemunhos de violência nessas audiências.³³

Dos 393 casos que compõem a pesquisa, em apenas 34 houve registro formal de agressão no auto de prisão em flagrante e em apenas um caso o Delegado responsável, deu ordem de prisão ao Policial Militar acusado e instaurou inquérito policial para apuração dos fatos. Segundo o estudo, na grande maioria dos casos havia relato genérico no interrogatório do acusado, semelhante ao seguinte: “que os policiais o agrediram e o trouxeram a essa delegacia.” (esse trecho foi retirado do auto de prisão em flagrante do caso 75). Nos demais em que não havia registro de violência no auto de prisão em flagrante, estavam presentes frases que pretendiam negar qualquer tipo de agressão por parte dos policiais. Além disso, em 18 por cento dos casos havia uma explicação da origem de possíveis lesões de forma a isentar os policiais.

A falta de interesse das instituições que participam da audiência de custódia fica também evidente nos números apresentados. Dos 331 casos (Universo Inicial), os juízes não questionaram acerca de alguma agressão em 109 casos (33% do Universo Inicial), o promotor não perguntou em 99 casos (91% do Universo Anterior), o que demonstra uma segunda cadeia de omissão e a gravidade da problemática, pois este seria o melhor momento para o processo de *accountability* por parte do Ministério Público. Por fim, o defensor não perguntou em 21 casos, o que corresponde a 21% do universo anterior, e 6% do universo inicial.³⁴

Em relatório sobre visita realizada no Brasil em 2015, o relator da ONU para a tortura reforçou a importância de que as audiências de custódia sejam formatadas para garantir um ambiente institucionalmente seguro para as denúncias de violência. No mesmo sentido, o Subcomitê de Prevenção e Tortura das Nações Unidas afirmou em relatório de 2016 que “as audiências de custódia

³³ Disponível em: <<https://www.conectas.org/noticias/pesquisa-inedita-tortura-blindada>>

³⁴ Disponível em: <<https://www.conectas.org/publicacoes/download/tortura-blindada>> Acesso em 01.07.2020.

não estão desenhadas para prevenir a tortura e os maus tratos.” Completou dizendo que o Subcomitê não estaria convencido de que os juízes estariam dispostos a observar e agir em resposta a sinais de maus tratos físicos ou mentais por parte dos agentes policiais, ou que os juízes e defensores perguntem rotineiramente sobre como o detido foi tratado na prisão, no transporte e na detenção prévia à audiência.³⁵

Ainda dentro deste tema, preocupante também o apontamento de Valença e Amorim (2019) sobre duas teses trazidas em março de 2019 pelo STJ as quais podem funcionar como utilização às avessas da audiência de custódia: “ a) uma vez decretada a prisão preventiva, fica superada a tese de excesso de prazo na comunicação do flagrante”. Ora, se mais da metade das audiências de custódia entre 2015 e 2019 resultaram em preventiva, resta interpretar que o excesso de prazo é tese quase que inexistente para a defesa nesse quesito.

Seguindo, “b) realizada a conversão da prisão em flagrante em preventiva, fica superada a alegação de nulidade porventura existente em relação à ausência de audiência de custódia”. Nesta segunda previsão, se trata realmente da legitimação do absurdo e da interpretação às avessas dos tratados, convenções e da própria Constituição Federal.

4 - Conclusão

A tortura acompanha a história desde a Idade Média. A proibição da tortura emerge de uma crise humanitária profunda no pós Segunda Guerra Mundial. A ONU editou sua Convenção que reconheceu caráter absoluto do direito de não ser torturado, criou mandado de criminalização, e criou mecanismos de controle, pois a história demonstrou que a perpetuação da tortura ao longo do tempo se deu com base na falta de transparência e monitoramento.

Nessa esteira o Sistema Interamericano também editou sua Convenção para combater a tortura e os maus tratos. Em consonância com a do Sistema Global, o direito a não ser torturado é protegido contra quaisquer argumentos utilitaristas justificantes. A Corte Interamericana, em diversos casos já decididos, demonstrou empenho em efetivar direitos contra o abuso do poder presente na tortura, assim como em efetivamente restaurar os danos causados às vítimas. As sentenças e recomendações da Corte demonstram preocupação com a proteção absoluta contra quaisquer argumentos de excepcionalidade, com a reparação integral e efetiva à vítima e com a letalidade estatal, a qual precisa ser

³⁵ Disponível em: < <https://www.conectas.org/noticias/pesquisa-inedita-tortura-blindada> > Acesso em 01.07.2020.

combatida com mecanismos efetivos de transparência, controle e monitoramento daqueles que exercem papéis de controle e punição.

O Brasil seguiu tardiamente os mandados de criminalização internacionais e tipificou a tortura de forma até mais expansiva, pois estendeu sua possibilidade de autoria aos particulares. Contudo, uma cultura enraizada no poder autoritário parece não ter visto nessas tipificações verdadeiras amarras ao abuso de poder que culmina na violência da tortura.

A ideia de vingança e de inimigo do pacto social que desmerece direitos ainda é incrustada nas Instituições do Estado Brasileiro e isso cria um discurso legitimador do uso da tortura como instrumento para obtenção de provas ou como castigo. Mesmo possuindo até mecanismos internos específicos como a audiência de custódia e lei para o uso de instrumentos com menor potencial ofensivo pela Polícia, na prática a tortura perpetua com certa naturalização de sua barbárie. A sociedade do medo, aceita a tortura do “outro”, pois não há concretização coletiva de valores democráticos e humanos de forma a despertar um real ímpeto de combate à tortura por parte daqueles que podem preveni-la ou punir de forma civilizatória aqueles que a praticam. Serrano cita Arendt sobre o mal sobreviver na banalidade:

(...)o mal sobrevive na banalidade, na superficialidade, nunca é radical, pois não desce à raiz, não tem profundidade. Mas pode ser extremo. Agentes Policiais torturam prisioneiros por acreditarem de forma irrefletida que isso faz parte de seu papel profissional. É a ausência de reflexão – ética, moral, política – a origem do mal que pode se tornar extremo e levar a um genocídio.³⁶

A legislação brasileira, contrariando conceitos determinados nas convenções, tipificou a tortura como um “tipo aberto” e que abre margens irrazoáveis de interpretação do julgador. A tradição Kelseniana leva à utilização do Princípio do Livre-Convencimento Motivado como forma de decidir conforme sua consciência e, portanto, analisando não apenas a subsunção da conduta ao tipo penal, mas também as características e vida pretérita dos investigados, das vítimas e até mesmo das testemunhas.

Na prática, a falta de multidisciplinaridade com o Direito cria ainda mais espaço para arbitrariedades. O conhecimento em áreas como a Psicologia é ignorado e decisões em que se exige a necessidade de quantificação do sofrimento como “intenso” e da necessária caracterização do suspeito como um

³⁶ SERRANO. Pedro Estevam Alves Pinto. Autoritarismo e golpes na América Latina. São Paulo, Alameda, 2016, p. 136.

“sádico” com “vil sentimento lascivo” são baseadas em impressões puramente pessoais do magistrado. E este como membro de uma sociedade reflete em suas decisões os valores dessa ao legitimar certas condutas. De fato, o que se faz é separar e valorar as pessoas como “torturáveis” e “não torturáveis” e “torturadores” e “não torturadores”. Isso tudo como se a finalidade legítima da pena no Direito Penal pudesse ser apenas o castigo e a vingança.

As Convenções Internacionais e a legislação nacional seguem relevantes, pois simbolizam o reconhecimento de um direito e a obrigatoriedade dos Estados de protegê-lo. Contudo, a efetivação desse Direito só será possível mediante educação e formação em direitos humanos daqueles que exercem o poder sobre o outro. A Democracia exige o reconhecimento de todos os seres humanos como iguais em direitos e deveres, e o Estado de Direito, por sua vez, que o poder está fundado na sua própria limitação e finalidade, que deve ser a priori sempre o ser humano.

O processo desconstituente, por outro lado, se desenvolveu também em nível social e cultural, com o desaparecimento dos valores constitucionais da consciência de uma grande parte do eleitorado: por indiferença, por falta de sentimento cívico ou pela transformação no imaginário coletivo da própria concepção de democracia.³⁷

A sociedade civil deve junto com o poder público discutir mecanismos que façam os representantes do Estado e os poderes refletirem sobre seu papel no uso do monopólio da força. Devem também despir-se das ideologias impostas sobre quem é o incluído em direitos e quem é o inimigo da sociedade, afinal de contas, a Declaração Universal é clara em seu artigo 1º e 2º que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade de direitos. Devem se unir uns para com os outros em fraternidade, e podem invocar os direitos e liberdades sem distinção alguma. Não há justificativa legítima para se excluir seres humanos que são fins em si mesmos da malha de proteção de direitos. A tortura deve ser encarada como a maior concretização da falta legitimação e controle sobre o papel do poder do Estado.

Referências:

A ONU recomenda o fim da Polícia Militar no Brasil? Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/a-onu-nao-recomenda-o-fim-da-policia-militar-no-brasil/>>. Acesso em: 08 jun. 2020.

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. Poderes Selvagens. A crise da democracia italiana. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 14.

AMORIM, Treicy Kariny Lima de; VALENÇA, Manuela Abath. (2019) *Audiências de custódia e violência policial: comentários às recentes teses do STJ sobre prisão em flagrante*. Boletim IBCCRIM, no 332. São Paulo, IBCCRIM.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004.

BOVO, Cassiano Martines. *Chacinas de Nova Brasília: esquecimento interrompido*. Justificando, 16 Junho 2020. Disponível em: <<https://www.justificando.com/2019/04/30/chacinas-de-nova-brasilia-esquecimento-interrompido/>>. Acesso em: 08 Junho 2020.

Caso Favela Nova Brasília VS Brasil. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/images/Banco_de_imagens/SENTENCIA_FAVELA_NOVA_PORTUGUESfinal.pdf>. Acesso em: 09 Junho 2020.

BRASIL, *Constituição Federal* (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15.06.2020.

BRASIL, *DECRETO No 592, DE 6 DE JULHO DE 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 14.05.2020

BRASIL, *DECRETO No 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm> Acesso em 15.05.2020.

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação n. 145.497-3/6.

CÂMARA, Heloísa Fernandes; DIAS, Isabella de Souza. (2019) *Condenação do Brasil no caso "Favela Nova Brasília" e os parâmetros de atuação estatal na violência policial*. Boletim IBCCRIM, no 321. São Paulo, IBCCRIM.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Estatística de Audiência de Custódia Estadual*. Disponível em: <https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opensdoc.htm?document=qvw_l%2FPainelC_NJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shSISTAC> Acesso em: 20.05.2020.

Estupro e tortura: relatório inédito do governo federal aponta o drama de trans encarceradas em presídios masculinos. Disponível em: <<https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2020/02/06/estupro-e-tortura-relatorio-inedito-do-governo-federal-aponta-o-drama-de-trans-encarceradas-em-presidios-masculinos.ghtml>> Acesso em: 08 Junho 2020.

FERRAJOLI, Luigi. *Poderes Selvagens. A crise da democracia italiana*. São Paulo: Saraiva, 2014.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: História da violência nas prisões*. 23. Petrópolis: Vozes, 2008.

GRECO, Luís. *As regras por trás da exceção – Reflexões sobre a tortura nos chamados “Casos de Bomba Relógio”*.

ITAMARATY. *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*. Disponível em <[http://www.itamaraty.gov.br/images/Banco de imagens/RESUMEN OFICIAL P ORTUGUES.pdf](http://www.itamaraty.gov.br/images/Banco_de_imagens/RESUMEN_OFICIAL_PORTUGUES.pdf)> Acesso em: 15.05.2020.

JESUS, Maria Gorete Marques de. *Os julgamentos do crime de tortura: um estudo processual na cidade de São Paulo*. DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social - Vol. 3 - no 9 - JUL/AGO/SET 2010 - pp. 143-172

LAPLANCHE, Jean.; PONTALIS, Jean-Bertrand. *Vocabulário de psicanálise*. 2.ed. Santos: Martins Fontes, 1970

MAIA, Luciano Mariz. (2006), *Do controle judicial da tortura institucional: À luz do direito internacional dos direitos humanos*. Tese (doutorado), Universidade Federal de Pernambuco

MARQUES, Oswaldo H. Duek. *Fundamentos da pena*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MATIAS, Hugo Fernandes. *Prevenção e combate à tortura na atuação institucional da Defensoria (parte 2) – Conjur.* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-nov-27/tribuna-defensoria-prevencao-combate-tortura-atuacao-defensoria-parte>> Acesso em: 08 Junho 2020.

MOGIL, Jeffrey. *The Measurement of Pain in the Laboratory Rodent*. Disponível em :<<https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780190860509.001.0001/oxfordhb-9780190860509-e-21>> Acesso em: 18.05.2020

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2009, 3ª ed.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. São Paulo: Editora Forense, 2019, 6ª edição.

PÁDUA, Vinícius Alexandre de. *Cifras criminais da criminologia*. Conteúdo Jurídico. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/43661/cifras-criminais-da-criminologia>> Acesso em: 08 Junho 2020.

PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017.

PASTORAL CARCERÁRIA; *Julgando a Tortura: Análises jurisprudenciais de nos Tribunais de Justiça do Brasil (2005-2010)*. Disponível em <https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/01/documento_julgando-a-tortura.pdf>. Acesso em: 18.05.2020.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PLON, Michel.; ROUDINESCO, Elisabeth. *Dicionário de Psicanálise*. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

RAMOS, Andre de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

Relator Especial da ONU considera que as mortes causadas pela polícia brasileira continuam tendo taxas alarmantes. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/relator-especial-da-onu-considera-que-as-mortes-causadas-pela-policia-brasileira-continuam-tendo-taxas-alarmantes-o-governo-tem-falhado-em-tomar-todas-as-medidas-necessarias/>> Acesso em: 08 Junho 2020.

SERRANO. Pedro Estevam Alves Pinto. *Autoritarismo e golpes na América Latina*. São Paulo: Alameda, 2016.

SERRANO. Pedro Estevam Alves Pinto. *Autoritarismo e golpes na América Latina*. São Paulo, Alameda, 2016, p. 136.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto- decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2013, 4ª edição.

STRECK, Lenio Luiz. (2019) *Porque a interpretação não constrangida é vitamina para os anseios de tirania*. Boletim IBCCRIM no 322. São Paulo, IBCCRIM.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *A palavra dos mortos. Conferências de Criminologia Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2014.