



"DIREITO A NÃO SER TORTURADO?" A INTEGRIDADE MORAL COMO BEM JURÍDICO INDISPONÍVEL NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Revista dos Tribunais | vol. 936/2013 | p. 155 - 190 | Out / 2013
Doutrinas Essenciais de Dano Moral | vol. 1/2015 | p. 211 - 243 | Jul / 2015
DTR\2013\8035

Gisele Mendes de Carvalho

Pós-doutora e Doutora e em Direito Penal pela Universidad de Zaragoza, Espanha. Professora da Universidade Estadual de Maringá (UEM) e do Centro Universitário de Maringá (Cesumar).

Flávio Henrique Franco de Oliveira

Discente do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá (Cesumar). Advogado.

Área do Direito: Constitucional; Penal

Resumo: O presente trabalho objetiva abordar os principais aspectos do crime de tortura na contemporaneidade, expondo os elementos gerais desse delito e os fatores principais que impulsionaram o surgimento da Lei 9.455/1997, bem como aclarar o inconformismo pelas ocorrências desenfreadas da deflagração deste ilícito por agentes públicos e por particulares. A ideia principal do artigo é demonstrar que o bem jurídico tutelado através da incriminação da tortura é único e inexistente em outros diplomas legais, e não é passível de ceder ante nenhum outro: a integridade moral do indivíduo torturado, que é reduzido à condição de mera coisa nas mãos de seu algoz, e que constitui, em última instância, uma concretização do respeito à dignidade humana previsto na Constituição Federal brasileira (arts. 1.º, III; e 5.º, III). Trata-se de um bem jurídico indisponível, que não admite relativizações, por mais que se possam imaginar situações que teoricamente justificariam o emprego da tortura. O artigo tece ainda algumas considerações a respeito de um tema polêmico da Lei de Tortura, que é o fato de a mesma prever tal crime como um crime comum, praticado por qualquer pessoa, embora historicamente tenha o mesmo surgido como instrumento de atuação do Estado na apuração da responsabilidade das infrações penais. Partindo da consideração de que o bem jurídico protegido é a integridade moral, e que tal direito não resulta suficientemente tutelado em nenhuma outra figura típica prevista no Código Penal ou nas leis esparsas (lesões corporais, constrangimento ilegal, ameaça etc.), conclui-se que o delito de tortura pode realmente ser praticado por qualquer sujeito que, com seu comportamento, tenha a intenção de provocar um sofrimento desmesurado em sua vítima, atingindo aquilo que a faz humana, cosificando-a e reduzindo-a à condição de mero instrumento para a obtenção dos fins almejados.

Palavras-chave: Tortura - Personalidade - Bem jurídico-penal - Integridade moral - Dignidade da pessoa humana.

Resumen: El presente trabajo objetiva tratar de los principales aspectos del crimen de tortura en la contemporaneidad, exponiendo los elementos generales de este delito y los principales factores que impulsaron el surgimiento de la Ley 9.455/1997, así como aclarar el inconformismo por las ocurrencias frecuentes de la práctica de este ilícito por agentes públicos y por particulares. La idea principal del artículo es demostrar que el bien jurídico tutelado a través de la incriminación de la tortura es único e inexistente en otros diplomas legales, y no es posible de ceder ante ningún otro: la integridad moral del individuo torturado, que se reduce a la condición de mera cosa en las manos de su verdugo, y que constituye, en último análisis, una concretización del respeto por la dignidad humana previsto en la Constitución Federal brasileña (art. 1.º, III e art. 5.º, III). Se trata de un bien jurídico indisponible, que no admite relativizaciones, por más que se puedan imaginar situaciones que teóricamente justificarían el uso de la tortura. El artículo trata todavía de un tema polémico de la Ley de Tortura, que es el hecho de que la misma prevea este crimen como un crimen común, practicado por cualquier persona, aunque históricamente la tortura haya surgido como instrumento de actuación del Estado en la apuración de la responsabilidad de las infracciones penales. Arrancando de la consideración de que el bien jurídico protegido es la integridad moral, y que tal derecho no resulta suficientemente protegido en ninguna otra figura típica prevista en el Código penal o en las leyes (lesiones, coacciones, amenaza, etc.), se deduce que el delito de tortura puede realmente ser practicado por cualquier sujeto que, con su comportamiento, tenga la intención de provocar un sufrimiento desmesurado en su víctima, lesionando lo que le hace humana, cosificándola y reduciéndola a la condición de mero instrumento para la obtención de los fines deseados.



Palabras claves: Tortura - Personalidad - Bien jurídico-penal - Integridad moral - Dignidad de la persona.

Sumário:

1.INTRODUÇÃO - 2.DIREITOS DA PERSONALIDADE - 3.EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TORTURA - 4.DEFINIÇÃO LEGAL DE TORTURA - 5.A TORTURA COMO LESÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO HOMEM - 6.O BEM JURÍDICO PROTEGIDO NO DELITO DE TORTURA: A INTEGRIDADE MORAL E SUA ABSOLUTA INDISPONIBILIDADE - 7.A INSUFICIÊNCIA DA TUTELA DA INTEGRIDADE MORAL NO DIREITO PENAL BRASILEIRO - 8.A INVIOABILIDADE DA INTEGRIDADE MORAL E O DELITO DE TORTURA COMO CRIME COMUM - 9.CONSIDERAÇÕES FINAIS - 10.REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

A tolerância em relação à prática da tortura é algo abominável bem antes de sua proibição legal, e este inconformismo foi encabeçado por um movimento principiado pelo Iluminismo, cujo objetivo era apontar a crueldade e os malefícios gerados por tal prática, que servia apenas para diminuir o ser humano à posição mais humilhante diante da humanidade. Entretanto, apesar de todas as estruturas criadas para a criminalização da tortura, tem-se que ela ainda é um método constantemente exercido por agentes públicos em muitas ocasiões.

Na atualidade, por força de importantes tratados e convenções internacionais que proíbem expressamente o uso da tortura, somados ao marcante flagrante de abuso praticado por policiais militares, que fundou no clamor e a insatisfação pública, despertaram no legislador a necessidade de tratar a tortura como crime autônomo, instituindo então a Lei 9.455/1997.

A problemática do crime de tortura amplia-se por atingir diretamente o respeito ao princípio da dignidade humana (art. 1.º, III, da CF (LGL\1988\3)), e este, por vez, possui importância inigualável e é ainda a força motriz de todo o ordenamento jurídico pátrio. É a partir dele que irradiam os demais princípios, além disso, os direitos da personalidade do homem. Por isso, traçam-se aqui algumas considerações referentes aos direitos da personalidade, analisando os preceitos que os tutelam tanto na legislação civil quanto entre os direitos fundamentais como atributos naturais da pessoa humana, de modo inalienável, intransmissível e não passível de sofrer qualquer restrição.

Sucintamente, demonstrar-se-ão também alguns pontos de colisão entre a aceitação primitiva do método da tortura e sua extinção legal, este histórico faz necessário para fortalecer a compreensão do surgimento do crime de tortura como tal. Na contemporaneidade, novos desafios são lançados, e o que se busca é o reconhecimento da punição deste crime, seja praticado pelos agentes públicos ou por particulares, bem como a criação de instrumentos que intensifiquem a punição dos que utilizam deste método cruel.

Por fim, ver-se-á que a tortura é um artifício aviltante da dignidade da pessoa humana, um resquício da crueldade alimentada no pretérito, que hoje é vista como método rompedor do respeito aos direitos da personalidade. Assim, não se pode sustentar qualquer relativização do respeito devido à dignidade humana, o que conduz diretamente à discussão de se o direito a ser torturado é mesmo um direito absoluto e qual o seu alcance na legislação nacional (se limitado aos agentes públicos ou se aplicável também no âmbito das relações entre particulares). Sobre estes interessantes e polêmicos aspectos do delito de tortura trata o artigo a seguir.

2. DIREITOS DA PERSONALIDADE

A acepção de personalidade, em seu sentido literal, retrocede às origens conceituais da noção de pessoa, que advém do termo derivado do latim *persona*, *significa máscara caracterizadora do personagem teatral*, meio pelo qual se designa o homem em suas relações com o mundo.

O termo foi utilizado pelo psiquiatra suíço Carl Jung¹ para descrever um aspecto de nossa personalidade que grosso modo pode-se traduzir como *a máscara social adotada por nós*. Diz respeito ao modo estereotipado e padronizado de comportamentos e imagens que socialmente são aceitas, impostas ao ser como atributo seu.



Nesta linha de pensar, o conceito de personalidade da psicologia junguiana se coaduna bem com aquilo que é *persona*, um complicado sistema de relação entre a consciência individual e a sociedade; é uma espécie de disfarce destinado a produzir efeitos sobre os outros e, por outro lado, a ocultar a verdadeira natureza do indivíduo.²

Visualiza-se que há uma grande ramificação de autores que desenvolveram conceitos de personalidade, enfatizando a psicanálise; contudo, o que diverge é o significado atribuído a origem da mesma, que de forma geral é indissociável de sua compreensão. Esta percepção é importante para todas as ciências humanas, inclusive para o direito.

Cada pessoa é detentora de uma espécie diferente de personalidade, inexistindo qualidades humanas psíquicas iguais em pensamentos e caráter, onde a *persona* se forma por variáveis inatas, que são aquelas adquiridas com o desenvolvimento físico e mental e através das relações sociais.

A concepção jusnaturalista entende ser a fonte dos direitos da personalidade algo supralegislativo, sendo os mesmos direitos inatos, fortalecendo-se assim a premissa de que os direitos da personalidade são impostos através da natureza das coisas, e sustentando que se trata de direitos naturais que existem antes e independentemente do direito positivo.

No âmbito legal, os direitos da personalidade são garantidos tanto na legislação civil quanto como direitos fundamentais, como atributos naturais da pessoa humana de modo inalienável, intransmissível, indisponível e não passível de sofrer qualquer restrição.

Fernanda Cantali, falando da natureza dos direitos da personalidade, os descreve da seguinte forma:

“O artigo 11 do Código Civil (LGL\2002\400) brasileiro trata da natureza dos direitos da personalidade, atribuindo-lhes as características da intransmissibilidade e da irrenunciabilidade, além da impossibilidade de limitação voluntária de seu exercício, salvo aquelas que são autorizadas por lei. Estas impossibilidades decorrem da característica da indisponibilidade dos direitos da personalidade. Em outras palavras, a regra determina que, em razão de sua natureza indisponível, os direitos da personalidade não são passíveis de transmissibilidade, renúncia ou limitação.”³

Tem-se, neste contexto, que os direitos fundamentais possuem proteção legal e que, como característica, compõe-se com a personalidade, cujo desenvolvimento é imprescindível para alimentar as características inerentes à pessoa humana.

Adriano de Cupis, relatando a essencialidade dos direitos da personalidade para a existência da pessoa, como o mínimo necessário para dar conteúdo à sua dignidade, com o fim de ressaltar os bens de maior valor para a mesma, afirma:

“Existem direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo, o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São esses os chamados ‘direitos essenciais’, com os quais se identificam precisamente os direitos da personalidade. Que a denominação de direitos da personalidade seja reservada aos direitos essenciais justifica-se plenamente pela razão de que eles constituem a medula da personalidade.”⁴

Por fim, o desenvolvimento da personalidade advém do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF (LGL\1988\3)), que tem como fundamento um postulado irreduzível de individualidade, criado via mecanismos de absorção de conhecimentos e aquisição de habilidades psíquicas, sendo a dignidade um atributo intrínseco ao ser humano. São direitos originários, que os seres humanos adquirem pelo simples fato de nascerem e coexistem.

3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TORTURA

A história do direito penal demonstra que desde a Antiguidade existem e foram usadas várias formas de tortura, com métodos e finalidades diversas, uma prática regulamentada e aceita pela sociedade primitiva como forma de manter a ordem e orquestrar os rumos que aquela sociedade deveria seguir. Usavam-se estas técnicas retrógradas como mecanismo de prevenção e sanção pela prática de fato definido como contrários aos interesses da comunidade.



Neste período pré-histórico, inicia-se um processo de agrupamento, e regras de conduta foram surgindo e sendo impostas por estas sociedades visando à própria sobrevivência, como uma necessidade de buscar os meios adequados para o crescimento do grupo, embora involuntário. Esta busca era controlada pelo emprego de instrumentos que viabilizavam o conforto daquela sociedade.

Assim, como resultado, a prosperidade era recebida como dádiva pelo comportamento positivo da comunidade e de seus membros, uma vitória sobre os perigos reais e imaginários que assombravam os povoados primitivos, impulsionando as regras de conduta pelo interesse comum. Acreditava-se que as atrocidades que atingiam o grupo eram fruto do comportamento negativo de algum membro, uma ameaça imaginária que vinha em forma de escassez de animais para caça, alimentos e outros suprimentos naturais, bem como sustentava-se que os fenômenos naturais eram respostas negativas a esses comportamentos em descompasso com o correto.⁵

Surge então, mediante a necessidade de preservação e de crescimento natural do bando, a obrigatoriedade de punir os malfetores, os membros que, imaginariamente, eram responsáveis pelos castigos lançados contra o povoado. Estudos antropológicos descrevem que esta reprimenda foi o primeiro registro de tortura na humanidade, tendo como método a lapidação, um ritual em que o bando atirava pedras contra o malfetor, de forma que, quanto mais pessoas participassem deste ritual, viabilizava-se ainda mais a expulsão dos males lançados contra o grupo.

Nesta linha de evolução, a tortura chega à Idade Média com novos paradigmas, criada com a finalidade de instrumento processual, mecanismo utilizado para apuração do delito, execução ou de aplicação de castigo, tendo a Igreja o poder opressor, já que liderava as relações jurídicas existentes nessa época. Com a interferência canônica, aflora a confusão entre crime e pecado e, assim, impossibilita-se ao acusado a fuga da tortura.⁶

A tortura, nesse período histórico, era o instrumento para causar agudos sofrimentos corporais ou psicológicos deflagrado contra suspeitos de autoria de crimes ou contra testemunhas, objetivando obter a confissão de crime ou informação importante para a investigação ou para o processo criminal.

Foucault, referindo-se ao incalculável sofrimento psíquico resultante da infligência da tortura, menciona:

“Os suplícios saem do campo da percepção quase cotidiana e entram no da consciência abstrata: é a era da sobriedade punitiva, quando não é mais para o corpo que se dirige a punição, mas para a alma, devendo atuar profundamente sobre o coração, o intelecto, a vontade, as disposições. Assim, a premissa básica dos tempos modernos é: que o castigo fira mais a alma que o corpo.”⁷

De acordo com Valdir Sznick, historicamente a tortura foi utilizada como meio de prova, através da confissão e de declarações, artifícios para chegar à descoberta da verdade. Ainda que fosse um meio cruel, na Idade Média e na Inquisição, seu papel é de prova no processo, possibilitando a confissão e a descoberta da verdade. Afirma ainda que “a tortura faz o réu renunciar do seu direito normal de defesa para confessar e, muitas vezes, devido aos sofrimentos, por crimes que não cometeu”.⁸

Cecília Maria Bouças Coimbra, demonstrando a cruel finalidade da tortura, que, além de buscar a confissão do torturado, também objetivava aplicação da dor, assevera:

“Neste diapasão, pode-se dizer que, na maioria dos casos, a finalidade da tortura era a de adquirir a confissão de determinado crime imputado àquela pessoa. Todavia, nem sempre ocorria por este motivo, em outras vezes não se tinha esse caráter, já que se buscava através deste meio uma maneira de infligir maior sofrimento ao condenado.”⁹

Com estas construções, fruto de um lento processo evolucionário aflorado na Idade Moderna, que caminha para a abolição legal da tortura no esteio do inconformismo da sociedade, busca-se então a humanização das penas com repúdio aos tormentos.

Diga-se que, neste período, compreendido entre os séculos XVII a XVIII, o movimento Iluminista foi precursor na abolição legal da tortura, cujo lema era *a luta da razão contra as trevas*, tendo como proposta um novo sistema processual penal em detrimento das atrocidades do antepassado, sendo então responsável pela eliminação dos métodos hediondos de inculir sofrimento.



Cesare Beccaria, contribuinte desta nova era penal, condena a prática da tortura nos interrogatórios e julgamento, e, reverenciado na Idade Moderna, salienta o seguinte:

“É uma barbárie consagrada pelo uso na maioria dos governos aplicar a tortura a um acusado enquanto se faz o processo, quer para arrancar dele a confissão do crime, quer para esclarecer as contradições em que caiu, quer para descobrir os cúmplices ou outros crimes de que não é acusado, mas do qual poderia ser culpado, quer, enfim porque sofistas incompreensíveis pretenderam que a tortura purgava a infâmia.”¹⁰

Atinge-se então a Idade Contemporânea com novos paradigmas e vitórias, e dentre elas a criminalização da prática da tortura, que foi um importante acontecimento histórico, uma verdadeira mudança de paradigma, tendo como auge a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948.

Este diploma legal, embora não detinha força vinculante, foi o fator que impulsionou a progressão e incorporação aos ordenamentos jurídicos, marcados pelo grande acontecimento histórico da supressão legal da tortura.¹¹

Antônio Augusto Cançado Trindade, reverenciado o momento evolutivo e a abolição legal da tortura, relata:

“Confirmam este *corpus iuris* (Declaração Universal dos Direitos Humanos) de salvaguarda da pessoa humana, no plano substantivo, normas, princípios e conceitos elaborados e definidos em tratados e convenções, e resoluções de organismos internacionais, consagrando direitos e garantias para a proteção do ser humano em todos e quaisquer circunstâncias, sobretudo em suas relações com o Poder Público.”¹²

Outro ponto marcante, também de tamanha importância, foi a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), que adotou a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes em 1984, ratificado pelo Brasil no ano de 1989, que objetivava o cumprimento das determinações recomendadas. A presente Convenção, no momento de sua ratificação pelo país, torna-se norma de cunho obrigatório, classificando a tortura como delito internacional.¹³

Assim então, estabelece-se um divisor de águas, pois, no passado, a tortura era estabelecida como mecanismo de controle e regramento entre os povos primitivos, servindo para punir membros da organização social que desrespeitassem alguma premissa do grupo, sendo ela real ou imaginária, pois, de qualquer forma, o sofrimento aplicado no sujeito tinha cunho punitivo. Posteriormente, serviu como meio processual de investigação, até atingir a Idade Moderna, tomando rumo a sua completa abolição legal. Contudo, nos dias de hoje, denominados de Idade Contemporânea, o emprego da tortura assume a condição de crime, adentrando-se na era da tortura ilegal, com novas peculiaridades e diferentes desafios para o mundo jurídico. Entre eles, o que aqui será discutido: existe um direito a não ser torturado? Se sim, qual o seu fundamento? Ele pode ceder em alguns casos?

4. DEFINIÇÃO LEGAL DE TORTURA

A Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984, ratificada pelo Brasil no ano de 1989, foi o marco para a compreensão conceitual do crime de tortura, pois não havia, até então, uma construção jurídica sobre o conceito de tortura. Os períodos históricos referenciados tratavam a tortura de diversas formas, ora como castigo, ora como instrumento processual, sem muitos relatos de sua definição legal ou filosófica, que veio a aderir ao ordenamento pela ratificação da Convenção, que diz:

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

Importante observar que a mencionada Convenção exigiu uma particularidade do sujeito ativo, isto é,



que fosse somente o agente público ou pessoa no exercício de funções públicas, exigindo-se uma qualidade ou condição especial do sujeito ativo, que é o atributo de atuante estatal, com base na própria origem histórica da tortura, que sempre esteve relacionada aos abusos do Poder Estatal na apuração das infrações penais.

Não por acaso, contudo, ao contrário do ordenamento externo, a lei brasileira admitiu que também os particulares figurem como sujeitos ativos do crime de tortura, em determinadas ocorrências específicas previstas na própria legislação (conceito extensivo de tortura). Ampliou o rol de autores, mantendo os funcionários públicos ou particulares no exercício de atividades atreladas aos fins do Estado.

Rogério Sanches Cunha comenta o crime de tortura traduzindo dessa forma a ação do torturador:

“Ao contrário do que ocorre em outros países, onde a tortura foi tipificada como um crime especial, traduzindo-se num comportamento abusivo de poder no trato dos direitos fundamentais do cidadão, colocando em mira a conduta de funcionários públicos, a Lei 9.455/1997, em regra, etiquetou a tortura como delito comum, isto é, pode ser praticado por qualquer pessoa, não exigindo qualidade ou condição especial do torturador.”¹⁴

José Ribeiro Borges, contribuindo para a temática, esclarece que a tortura, em nosso ordenamento, é um crime que pode ser praticado por qualquer pessoa, um delito que não exige uma qualidade ou condição especial de quem executa, vejamos:

“Para nós a tortura não é só a institucional, qual seja a praticada em nome do Estado ou a pretexto de servir aos seus interesses, mas também a perpetrada pelo particular e sob outros pretextos que não sejam os contemplados nos diplomas internacionais.”¹⁵

Salienta-se que a materialização do princípio da dignidade humana perfaz-se na positivação de direitos e garantias e, no caso, a positivação da tortura pode ser constatada no ordenamento jurídico e também no plano internacional.

A preocupação com a dignidade humana tem sido objeto de convenções internacionais, como a citada Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, onde se estabelece que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”.

No mesmo sentido, a Constituição Federal (LGL\1988\3) brasileira apregoa que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (art. 5.º, III, da CF (LGL\1988\3)), uma proteção que em princípio é consagrada pela Lei Maior de forma absoluta, não comportando qualquer tipo de exceção que venha a romper com esse preceito legal.

Em nosso ordenamento jurídico, só existe a menção nominal da palavra *tortura*, não existindo definição precisa ou conceitual quanto ao significado desse crime. A primeira manifestação do legislador quanto à tipificação do delito adveio com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (LGL\1990\37) (Lei 8.069/1990). E, posteriormente, com a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990), que equiparou o crime de tortura aos chamados hediondos.

Na ausência de conceituação legal, a solução plausível foi apresentada pela doutrina, trazendo suas modalidades, descrições e características, e, inclusive, reconhecendo a possibilidade da prática por qualquer pessoa, constituindo assim, um crime comum.

De Plácido e Silva, de forma extremamente genérica, salienta simplesmente que a tortura “é o sofrimento ou a dor provocada por maus tratos físicos ou morais”.¹⁶

E ainda, no mesmo sentido, Valdir Sznick enfatiza:

“A tortura consiste em dor ou sofrimento físico infligido para obter, quebrando a vontade do acusado, a comprovação de um delito. E um conceito claro pode-se conceituar a tortura como todo sofrimento ou dor física ou mental deliberadamente infligido ao acusado por agente da autoridade pública.”¹⁷

Mantendo a significado conceptual, Hungria descreve a tortura como o “meio suplicante, a infligência de tormentos, a *judiaria*, a exasperação do sofrimento da vítima por atos de inútil crueldade”.¹⁸

Na mesma linha Noronha conceitua o termo como o ato de “infligir-se um mal ou sofrimento



desnecessário e fora do comum".¹⁹

Por fim, todas as denominações possíveis de se adequar ao crime de tortura diz respeito a um sofrimento, ilegal e absolutamente inquebrantável, que possa ser utilizado por qualquer pessoa para causar leão física ou mental com um fim específico, determinado na lei, destacando que este sofrimento é passível de afetação dos direitos da personalidade, bem como do respeito devido à dignidade da pessoa humana.

5. A TORTURA COMO LESÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO HOMEM

A Lei 9.455/1997 trouxe ao ordenamento jurídico pátrio a inclusão do crime de tortura, em razão do desencadeamento de um caso concreto, mediante o clamor e a insatisfação pública, que foram os abusos praticados por policias militares na favela Naval de Diadema, na grande São Paulo.²⁰

José Geraldo da Silva, descrevendo o surgimento da mencionada Lei, realça: "Cumprer ressaltar que a Lei de Tortura somente surgiu após o episódio de Diadema, da favela Naval, onde todo o Brasil pode assistir a cenas de tortura perpetrada por policiais militares contra civis".²¹

O Brasil, conquanto fosse signatário de múltiplos tratados e convenções que dispusessem sobre o tema, aguardou a ocorrência de um fato de suma gravidade para que despertasse no legislador a necessidade de tratar a tortura como crime autônomo. Foi um dos últimos países do mundo a criminalizar de forma específica essa hedionda prática.²²

Superada esta caracterização, suficientemente arrazoada alhures, é pertinente arguir o intuito do agente que pratica o crime em tela, ou seja, aclarar o fato que motiva determinada pessoa a usar este tratamento desumano e degradante, uma covardia de tal tamanho que manda o torturado a acatar a vontade implícita do torturante, confessando qualquer que seja a culpa, mesmo que inexistente, com o único intuito de fazer cessar o sofrimento cultivado.

Eis a motivação da Lei, como afirma Mário Coimbra, ao comentar o desígnio do agente que pratica o crime em tela:

"A tortura sempre se constituiu num aparato utilizado pelo Poder Estatal, para obter confissão ou informação relevante de algum indivíduo suspeito da prática de algum delito ou que se suponha que saiba quem foi o autor do crime investigado."²³

Numa outra perspectiva, a Constituição Federal (LGL\1988\3) traz como principal legado a democracia, que em sua propositura demonstrou a preocupação com a garantia dos "direitos e garantias fundamentais", utilizando de forma clara a Carta dos Direitos Humanos como apoio a esta segurança. Designando o seu Título II "Dos direitos e deveres individuais e coletivo", estende essa proteção legítima do Estado aos brasileiros e estrangeiros residentes no País.

Valora, portanto, o respeito à integridade física e moral, que por sua vez, é rompido pela ação de agentes públicos ou particulares na prática do crime de tortura, vista, muitas vezes, como atentados contra pessoas submetidas ao poder do Estado, não resta dúvida de que são tratamentos desumanos e degradantes que violam flagrantemente a dignidade da pessoa humana.

A tortura tem sido denunciada por organizações nacionais de direitos humanos governamentais e não governamentais, bem como por entidades internacionais de direitos humanos, que têm reconhecido a situação de violação aos direitos fundamentais no Brasil.

Da mesma forma, o relatório do Comitê de Direitos Humanos²⁴ constatou os altíssimos números de casos de tortura no País, consistentes em detenções arbitrárias e ilegais, ameaças de morte e atos de violência contra prisioneiros pela polícia militar, bem como os casos de execuções sumárias e arbitrárias.

E, assim, merece destaque o ensinamento de Luiz Otavio Amaral, em que apregoa que o uso da violência ilegal, ilegítima, estará sempre vedado ao agente do Estado (sobretudo, o policial). Em contrapartida, um ato discricionário, legal e legítimo, desde que proporcionalmente necessário, jamais constituirá violência e, logo, é deferido a todos os policiais em dadas circunstâncias fáticas.²⁵

Não resta dúvida de que os praticantes deste ato violento, muitas vezes, são funcionários públicos,



agentes atuando em nome do Estado, pessoas que deveriam agir em nome da lei, indivíduos que exercem uma atribuição legal cujo objetivo primário, contrariamente à forma que operam, é o interesse da sociedade.

Luiz Flávio Gomes, realçando os funcionários dos órgãos públicos como principais agentes do crime de tortura, salienta:

“O crime de tortura não está ligado a um agente específico, mas em grande parte é cometido por funcionários dos órgãos públicos ligados a polícia. Apesar de o ordenamento jurídico brasileiro prever a garantia dos direitos humanos, a luta pela observância da inviolabilidade da vida humana no Brasil nunca atingiu um ponto que pudéssemos considerar satisfatório e equilibrado. Este país é marcado desde seu ‘descobrimento’ pela inobservância da dignidade do ser humano por suas instituições, principalmente, as policiais.”²⁶

Não há como negar que a tortura aplicada sobre a pessoa tende a anular a personalidade da vítima, diminuindo sua capacidade física ou mental, podendo causar dor física e angústia psíquica. Além disso, provoca sua fragilização, destruindo sua resistência moral pela incapacidade de suportar as dores. De fato, o torturador exerce um poder que só se manifesta porque a vítima está sob o seu domínio, sendo vulnerável aos seus comandos.

Teresa Ancona Lopez, em comentário sobre o dano físico cometido por agentes do Poder Público, expressa que:

“A Constituição Federal (LGL\1988\3), art. 5.º, XLIX, assegura aos presos o respeito à integridade física e moral, princípio esse que já aparecia inúmeras vezes é esse princípio desrespeitado por meio de torturas e outros tipos de agressão contra presidiários, o que, além de atentar contra seus direitos humanos, causam, muitas vezes, deformações físicas irremediáveis. Também o cidadão comum é vítima de tais torturas, bastando, às vezes, uma simples detenção para que a perversidade venha a ser cometida.”²⁷

Nesta análise, fica evidente que o constituinte reforçou a preocupação em garantir à pessoa humana o mínimo para uma vida segura e saudável, criando princípios e garantias dirigidos à proteção da integridade física e psíquica da pessoa humana.

Há uma constante preocupação com a preservação com da vida sadia, com a proteção plena da personalidade, uma garantia ilimitada, inesgotável, adotando como pilar a dignidade da pessoa humana.

Sobre a garantia de uma vida digna, Ingo Wolfgang Sarlet realça:

“O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.”²⁸

Precisamente visando eliminar as atrocidades da tortura, traz o inc. III do art. 5.º da CF (LGL\1988\3) o banimento do exercício de qualquer outro meio desumano e degradante de tratamento, concretizado ademais de maneira rígida por meio do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF (LGL\1988\3)).

Apontando que o emprego deste método cruel foi categoricamente abolido pela norma, realça novamente Sarlet:

“Absolutamente inadmissível, por sua vez, a utilização da tortura (que, entre nós, se encontra vedada por norma de direito fundamental específica) para que se obtenha a confissão do mesmo acusado pela prática de homicídio qualificado, ainda que não se tivesse qualquer outro meio de prova disponível e que, para além disso, se pudesse ter a prévia certeza (como se isto fosse possível, no caso) de que, de fato, estivéssemos diante do culpado. Que a prática da tortura implica inequivocamente a coisificação e degradação da pessoa, transformando-a em mero objeto da ação arbitrária de terceiros, sendo, portanto, incompatível com a dignidade da pessoa, parece-nos questão



que dispensa qualquer comentário adicional."²⁹

A tortura é uma das mais graves transgressões dos direitos humanos, associada ao desrespeito à dignidade da pessoa humana, bem como da sua personalidade, e sua prática representa um obstáculo importante à consolidação do sistema democrático e do Estado de Direito. Eliminá-la é condição indispensável para a prevalência dos direitos humanos, dos fundamentos da democracia e do incremento de uma cultura de paz.

6. O BEM JURÍDICO PROTEGIDO NO DELITO DE TORTURA: A INTEGRIDADE MORAL E SUA ABSOLUTA INDISPONIBILIDADE

A identificação da tortura com um tratamento desumano ou degradante leva um importante setor da doutrina a interpretar que o bem jurídico protegido através da criminalização da mesma seria a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF (LGL\1988\3)).³⁰ Contudo, não se pode olvidar que a dignidade humana não deve ser considerada um bem jurídico específico e diferenciado, pois ela constitui uma "síntese da totalidade de dimensões físicas e espirituais específicas da pessoa humana que inspira e fundamenta todos os direitos fundamentais".³¹

Assim, a proteção da dignidade humana, por si só, já implica a tutela de todos os demais direitos e liberdades fundamentais do indivíduo, visto que é impossível pensar que a lesão de bens jurídicos tão relevantes como a vida e a integridade física e moral não implicasse também, ainda que indiretamente, um atentado à sua dignidade pessoal.³² Daí porque se diz, com razão, que a proteção da dignidade humana absorve a tutela de todos os direitos fundamentais e, dada sua condição de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, sua consagração implica sem dúvida a proteção da integridade física e moral (art. 5.º, III, da CF (LGL\1988\3)) não só dos presos, como de todos os indivíduos.

Ante o exposto, a relação entre os conceitos de dignidade humana e integridade moral resulta evidente. O reconhecimento constitucional da dignidade pessoal implica uma determinada concepção de ser humano, isto é, supõe a consagração de sua qualidade de ser humano em si mesmo, pelo mero fato de sê-lo. Desta afirmação se deduz não apenas a incondicional superioridade do homem frente aos demais seres e objetos da natureza, como também sua condição de igualdade em relação aos demais seres humanos, características que possui toda pessoa e que lhe hão de ser reconhecidas independentemente de circunstâncias pessoais e sociais, de suas capacidades físicas ou mentais, de seu estado de saúde ou de sua conduta social.³³

A proteção da integridade moral pela Constituição Federal (LGL\1988\3) é, portanto, um reflexo ou manifestação primária da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (art. 1.º, III).³⁴ Dado o caráter geral da dignidade humana, portanto, será a integridade moral, como seu corolário, que figurará como bem jurídico protegido pela criminalização da tortura, já que através de sua tutela o direito penal protege a autonomia ou liberdade de decisão pessoal e o respeito devido a todos os indivíduos como seres humanos.³⁵ Tanto é assim que o Código Penal (LGL\1940\2) espanhol prevê, em seu Título VII, a seguinte rubrica: "Da tortura e outros delitos contra a integridade moral", em texto promulgado em 1995, que prevê não só a tortura, como também o assédio moral laboral e intrafamiliar sob o mesmo e original título, logo antes dos crimes contra a liberdade individual.

No que diz respeito especificamente à proteção penal da integridade moral, tem-se que o Código Penal (LGL\1940\2) brasileiro, ao contrário do similar espanhol, não conta com o crime de assédio moral, mas prevê a tortura em lei especial.³⁶ Nessa trilha, é mister destacar que a mesma não se confunde com a integridade física, objeto de proteção do delito de lesões corporais (art. 129, do CP (LGL\1940\2)), que por sua vez tutela modernamente a saúde em geral, ou seja, tanto a integridade física como a psíquica, entendida esta última como saúde mental.³⁷ Os conceitos de integridade moral e psíquica não se identificam em absoluto, já que não é difícil imaginar lesões à integridade moral que não impliquem necessariamente uma violação da saúde mental do indivíduo, especialmente em relação àqueles sujeitos inimputáveis ou portadores de alguma enfermidade psíquica, ou ainda, em relação a quem possua uma extraordinária capacidade de resistência psicológica.³⁸

Como visto anteriormente, a integridade moral aproxima-se dos conceitos de dignidade humana e de incolumidade anímica, entendida esta como ausência de submissão a humilhações e vexações,



enquanto que a integridade psíquica é sinônimo de saúde mental ou de ausência de doenças psíquicas. A proteção à integridade moral, portanto, encontra-se relacionada muito mais com a proibição de degradar e humilhar constante do art. 5.º, III, da CF (LGL\1988\3) do que com a tutela da saúde psíquica propriamente dita.³⁹

Importante destacar, porém, que nem todo atentado à integridade moral será necessariamente um tratamento degradante. Como salienta com razão García Arán, a referência ao tratamento degradante nos obriga a situar a discussão em um nível de gravidade superior ao mínimo em relação aos atentados à integridade moral, de modo que a repressão penal das agressões a este bem jurídico, tal como ocorre na tortura, estaria sempre condicionada à constatação da natureza “degradante” da conduta punível.⁴⁰

Por outro lado, a doutrina salienta acertadamente que a proteção da integridade moral do indivíduo deve constituir-se a partir de uma perspectiva mais ampla do que o mero conteúdo negativo do citado art. 5.º, III, da CF (LGL\1988\3), isto é, a proibição de submissão a tratamentos desumanos ou degradantes. Tal afirmação supõe a construção de um conceito positivo de integridade moral,⁴¹ que se estrutura com base na tutela da incolumidade moral e espiritual do ser humano, que há de ser tratado sempre como um fim em si mesmo, e nunca como instrumento ou meio para a consecução de objetivos que lhe sejam alheios. Tal conteúdo é o que particulariza este direito da personalidade, dotando-lhe de um conteúdo próprio, distinto da proteção constitucional da integridade física e psíquica do ser humano.

De qualquer modo, importa asseverar que um setor da doutrina costuma inserir o direito da personalidade à integridade moral no contexto mais amplo do *direito à integridade ou inviolabilidade pessoal*, junto aos direitos à integridade física e psíquica, conceito que abarca a pessoa humana em suas dimensões física e imaterial, ou como uma realidade moral dotada de um substrato físico, de modo que é possível argumentar que se afeta a integridade moral quando se trata o ser humano como uma coisa, quando se lhe reduz puramente à sua realidade física, rompendo com a inseparabilidade entre o físico e o moral, que lhe é inerente.⁴²

Portanto, sendo a integridade moral o bem jurídico protegido através da criminalização da tortura, de modo que a mesma não pode ser reduzida a outros crimes e possui inegável autonomia, ante a inexistência de tipos penais que protejam de forma adequada esse bem jurídico no ordenamento pátrio. Em realidade, uma rápida análise do panorama legislativo brasileiro demonstra a absoluta ausência de um tipo penal que proteja a integridade moral tal como ocorre no delito de tortura.

Em primeiro lugar, e como voltar-se-á a insistir no momento oportuno, o tipo do delito de lesões corporais pelo *caput* do art. 129 do CP (LGL\1940\2), não é o lugar adequado para situar a proteção penal da integridade moral no ordenamento brasileiro, pois as lesões são descritas como “ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem”, e, conforme assinalado anteriormente, a integridade moral não se identifica nem com a integridade corporal, nem com a saúde física ou psíquica, mas sim com a inviolabilidade anímica dos indivíduos, que não devem ser submetidos a tratamentos desumanos ou degradantes, consoante proibição ditada pelo próprio Texto Constitucional.

No que tange ao delito de violência doméstica no art. 129, § 9.º, do CP (LGL\1940\2), inserido pela Lei 10.886/2004, e cujas penas foram alteradas pela Lei 11.343/2006 (Lei Maria da Penha), constata-se que o mesmo resulta igualmente insuficiente para a tutela da integridade moral das vítimas de tortura no âmbito intrafamiliar e doméstico, pois a lei fala literalmente na causação de uma “lesão” pelo sujeito ativo do delito, o que, como já se sabe, significa a alteração desfavorável do bem jurídico integridade física ou psíquica da vítima (saúde física e mental), o que nem sempre ocorrerá nos casos de tortura exclusivamente moral.⁴³

Não se pode ignorar que a promulgação da Lei 9.455/1997, que define e sanciona os crimes de tortura, serviu em boa parte para dar cumprimento ao ditame constitucional que proíbe os tratamentos desumanos ou degradantes no Brasil (art. 5.º, III, da CF (LGL\1988\3)). O art. 1.º define como crime de tortura como o ato de (inc. I) constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: (a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa (assim, por exemplo, uma confissão policial ou a confissão de uma dívida); (b) para provocar ação ou omissão de natureza criminoso (por exemplo, o chefe de um bando criminoso que tortura um de seus integrantes para que cometa determinado crime); (c) em razão de discriminação racial ou religiosa, e (inc. II) submeter alguém, sob a guarda, poder ou



autoridade do agente, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.⁴⁴

Por outra parte, o inc. II requer que a vítima se encontre sob a guarda, poder ou autoridade do agente, e o § 1.º do art. 1.º estabelece que incorrerá nas mesmas penas do delito de tortura (é dizer, reclusão, de dois a oito anos) quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

Com respeito à relação entre liberdade individual e integridade moral, resulta importante destacar que uma lesão à integridade moral da magnitude da tortura não perderá sua relevância penal inclusive diante do consentimento do titular desse bem jurídico. Trata-se, assim, a integridade moral de um bem jurídico indisponível, cuja lesão, de forma objetiva, há de ser avaliada independentemente da concreta sensação de humilhação que possa sentir a vítima torturada em concreto.⁴⁵ Isso porque, ao se consentir na tortura, coloca-se em risco não só a própria integridade moral, mas também a dignidade da humanidade como um todo, de modo que uma submissão voluntária à tortura reduziria o ser humano à condição de mero objeto, de coisa, nas mãos de terceiro, o que resulta inadmissível em um Estado de Direito Democrático e *Social*.

7. A INSUFICIÊNCIA DA TUTELA DA INTEGRIDADE MORAL NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Identificado o bem jurídico tutelado no crime de tortura – a integridade moral do ser humano –, resta agora analisar se poderia a mesma ser praticada por qualquer pessoa, como prevê a Lei 9.455/1997, ou se se trataria, como pretendem alguns doutrinadores, de um delito especial próprio, somente praticado pelos agentes estatais. Para tanto, far-se-á uma breve análise dos demais delitos que, pretensamente, poderiam substituir a tortura praticada por particulares, com o intuito de descobrir se tutelam os mesmos, de forma adequada e suficiente, o bem jurídico integridade moral, ou se este bem jurídico, dada a sua especificidade, só encontraria na tipificação da tortura a sua adequada objetividade jurídica.

7.1 Lesões corporais

O delito de lesões corporais (art. 129 do CP (LGL\1940\2)) poderá ter relação com a tortura sempre que em virtude do mesmo a vítima torturada venha a padecer alguma lesão física ou psíquica. Conforme já destacado anteriormente quando da análise do bem jurídico integridade moral, embora esta última não se confunda com a integridade física e psíquica da vítima torturada, isso não nos impede admitir que, na maioria das vezes, a submissão aos tratamentos degradantes dos métodos de tortura pode causar concretamente uma enfermidade que atinge a saúde mental da vítima (transtornos de comportamento, ansiedade, depressão), e, na grande maioria dos casos, sua saúde física. Cabe lembrar que as lesões psíquicas, ao não se confundirem com a lesão à integridade moral, deverão ter uma determinada transcendência para que possam restar comprovadas, superando os meros desequilíbrios emocionais que a vítima eventualmente venha a padecer, pois o delito do art. 129 é um delito de resultado, e não de perigo.

Certo é, porém, que a fortaleza física e psicológica pessoal difere muito em cada indivíduo, e que os efeitos de uma mesma agressão sobre distintas pessoas podem ser diversos. Para aferição de uma tortura mental praticada em casa, por exemplo, estariam abarcados pelo dolo do autor – neste caso, dolo eventual – aquelas hipóteses em que o autor do crime conhece as particulares circunstâncias psicológicas da vítima (por exemplo, seu histórico de depressões anteriores), podendo prever que diante de tal quadro, os efeitos da tortura se multiplicariam, vencendo uma resistência psicológica cuja debilidade ele já conhece.

Por fim, resta analisar as relações concursais entre o delito de lesões corporais físicas ou psíquicas e o tipo de tortura. A solução mais acorde com uma proteção autônoma do bem jurídico integridade moral é a de que, caso concorram no assediador a vontade de lesionar ao lado do propósito de ultrajar ou humilhar a vítima, deve-se reconhecer um concurso formal de crimes entre o delito de lesões e o atentado à integridade moral, afastando-se qualquer possibilidade de que o desvalor deste último seja absorvido pelo primeiro.⁴⁶ Nesse sentido, andou bem a Lei 9.455/1997, que considerou que as lesões leves ficam absorvidas pelo crime de tortura, mas qualificou a tortura quando a mesma resulta em lesões graves ou gravíssimas (art. 1.º, § 3.º), aumentando consideravelmente as penas.



7.2 Maus-tratos

Em seu art. 136, o Código Penal (LGL\1940\2) brasileiro prevê a pena de detenção de dois meses a um ano, ou multa, para quem exponha a perigo a vida ou a saúde de outrem submetendo-o a maus-tratos. A simples leitura desse dispositivo, porém, evidencia a inconveniência de que a tortura praticada por particulares, bem como qualquer outra forma de lesão à integridade moral, possa inserir-se dentro dessa figura típica, dada a insignificância das penas cominadas.

Exige a lei penal que o ofendido esteja sob a autoridade, guarda ou vigilância do sujeito ativo, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia. Como bem destaca a doutrina, amoldar-se-iam a este tipo legal os clássicos exemplos de filhos em relação aos pais, alunos e seus professores, enfermos com respeito aos profissionais sanitários e presos em relação aos que os mantêm sob sua custódia (carcereiros, diretores de estabelecimentos penitenciários etc.). No caso de tortura, contudo, sendo crime comum, estima-se que muitas vezes a vítima não se encontra ligada ao seu agressor por uma relação tão estreita a ponto de ser este um delito especial, o que por si só já dificultaria o enquadramento legal da tortura como maus-tratos.

Além disso, impõe recordar que este delito está entre aqueles que causam perigo à vida ou à saúde das pessoas (crime de perigo), e no tipo de tortura também se visa a proteger a integridade moral da vítima (delito de lesão).⁴⁷ Com efeito, o bem jurídico protegido pelo art. 136 do CP (LGL\1940\2), resta evidenciado pelas próprias formas como este delito pode se configurar, expressamente elencadas pelo tipo (delito de forma vinculada): privação de alimentos ou cuidados indispensáveis, sujeição a trabalho excessivo ou inadequado ou abuso dos meios de correção ou disciplina. Protege-se a integridade física e/ou a vida da vítima contra os eventuais perigos que se lhes possa causar através de abusos ou maus-tratos como os descritos pelo tipo. Nada além: as formas de realização do tipo não abarcam uma adequada proteção da integridade moral.

O art. 99 do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), por sua vez, sanciona com pena de dois meses a um ano de detenção e multa uma forma específica de maus-tratos praticada contra o maior de 60 anos, em que o sujeito ativo, obrigado a cuidar do idoso, o submete a "condições desumanas ou degradantes". Dando cumprimento à proibição constitucional do art. 5.º, III, da CF (LGL\1988\3), o tipo se inicia com uma referência expressa ao bem jurídico protegido nesses casos: a "integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso", o que desde logo já é digno de aplausos, pois a menção à integridade como algo diferente da saúde física ou psíquica só pode ser entendida como o propósito de se tutelar expressamente a integridade *moral* do maior de 60 anos. Obviamente, porém, essa figura de penas tão brandas não pode nem deve ser suficiente para abarcar as formas mais graves de lesão à integridade moral, física ou psíquica do idoso. Havendo tortura, não resta dúvida de que é a Lei 9.455/1997 que deve ser aplicada, em detrimento desta figura prevista no Estatuto do Idoso.

7.3 Constrangimento ilegal e ameaça

Não raras vezes, o bem jurídico liberdade também se encontra de alguma forma cerceado no contexto da tortura, pois a mesma pode vir acompanhada de constrangimentos e ameaças contra a vítima.

Em tais casos, a primeira questão a ser resolvida diz respeito à distinção entre os bens jurídicos que podem resultar lesados por estes comportamentos, quais sejam a liberdade e a integridade moral. Assim, embora os atentados contra a integridade moral costumam implicar também um constrangimento da vontade individual, já que o sujeito torturado muitas vezes se vê obrigado a fazer ou a falar o que não quer, ou a deixar de fazer aquilo a que tem direito, tem-se que na tortura, as agressões se dirigem não só a alterar a livre configuração da vontade do sujeito passivo, mas também, e principalmente, a produzir um sentimento de humilhação ou vexação em quem as sofre.⁴⁸ Pode-se dizer, portanto, que mais do que a liberdade individual, a tortura lesa a própria dignidade da pessoa humana, que abarca seu direito de autodeterminação e, nesse sentido, assume uma dimensão bem mais ampla no contexto dos direitos e garantias individuais.

Do ponto de vista do concurso de crimes, o ideal é que se a ameaça ou o constrangimento assumem o caráter aviltante inerente à tortura, a pena a ser aplicada seja tão somente a deste delito, que por si só já alberga o desvalor do injusto cometido contra a liberdade de autodeterminação pessoal.

Além disso, insta recordar que o constrangimento na tortura assume a forma de graves humilhações



físicas e morais que o injusto do delito do art. 146 não encerra, o que faria com a que pena aplicada não correspondesse à magnitude da lesão ao bem jurídico atingido. Assim, embora em geral as agressões à integridade moral alberguem quase sempre uma contrariedade à vontade do sujeito passivo, o componente essencial da tortura não é o atentado à liberdade individual, mas sim a coisificação da pessoa humana, de modo que todo tratamento degradante ou humilhante, mesmo quando não implique ao mesmo tempo um atentado à liberdade individual, resultará em tortura.

8. A INVOLABILIDADE DA INTEGRIDADE MORAL E O DELITO DE TORTURA COMO CRIME COMUM

Com respeito à relação entre liberdade individual e integridade moral, também resulta importante recordar, como já foi dito aqui, que uma lesão à integridade moral como a tortura não perderá sua relevância penal inclusive diante do consentimento do titular desse bem jurídico. Trata-se, assim, a integridade moral de um bem jurídico indisponível, cuja lesão, de forma objetiva, há de ser avaliada independentemente da concreta sensação de humilhação que possa sentir a vítima em concreto.⁴⁹ Isso porque, ao se consentir na tortura, coloca-se em risco não só a própria integridade moral, mas também a dignidade da humanidade como um todo, de modo que uma submissão voluntária à tortura reduziria o ser humano à condição de mero objeto, de coisa, em tudo contrário à sua essência. Trata-se, assim, a integridade moral de um direito da personalidade absolutamente indisponível.

Em geral, argumenta-se que resulta muito difícil reconhecer um constrangimento *ilegal*, componente do crime de tortura, quando existe alguma razão que possa justificar o uso da mesma, como no caso da obtenção da confissão de um perigoso criminoso que conhece a localização de um artefato explosivo que a qualquer momento pode ser detonado e destruir a vida de centenas ou de milhares de pessoas inocentes. É o típico caso do terrorista que sabe onde se encontra a bomba que pode fazer voar pelos ares uma cidade inteira, mas que não revela seu paradeiro, exceto se torturado.⁵⁰ Nesse sentido, estima-se que poderia haver uma justificação para a tortura no Estado de Necessidade (art. 24 do CP (LGL\1940\2)), que se configuraria na ponderação de bens entre o direito a não ser torturado do criminoso em questão (em outras palavras, o seu direito à integridade moral) e o direito à vida de tantas pessoas inocentes. Prevaleceria, assim, o respeito aos bens jurídicos destas últimas, relativizando-se o direito à integridade moral e o respeito à dignidade da pessoa humana do terrorista em questão.⁵¹

Outros autores, como Roxin, admitem neste caso não uma exceção por aplicação do Estado de Necessidade, mas sim pela inexigibilidade de um comportamento conforme o direito, que excluiria a culpabilidade do torturador, ante a iminência da morte de tantos inocentes.⁵² A ação de torturar continuaria sendo antijurídica, porém, aplicar-se-ia uma causa de exculpação, tolerando-se assim o uso da legítima defesa pela vítima de tortura contra seu torturador.

Com bem salienta Gracia Martín, esse pensamento, que ganha cada vez mais adeptos nos Estados Unidos, em Israel e na Alemanha,⁵³ encontra seu fundamento no chamado *Direito penal do inimigo*, uma doutrina inicialmente desenvolvida por Günther Jakobs neste último país e que, partindo da distinção que faz este autor entre os criminosos perigosos e reincidentes e os cidadãos comuns (aqueles seriam na verdade “não cidadãos”), admite diversas exceções às garantias constitucionais processuais, tais como a não presunção de inocência, a prorrogação dos prazos prisionais, a incomunicabilidade dos presos e a admissibilidade das provas ilícitas, inclusive mediante o emprego da tortura.⁵⁴

Contra tais argumentos, assinala acertadamente a doutrina majoritária que o tipo de constrangimento ilegal do art. 146 contém uma referência ao elemento de “ilegalidade” do constrangimento ou à “injustiça” do mal relativo à ameaça que complicam excessivamente a adequação dos mesmos aos casos de tortura, enquanto que lesão à integridade moral não faz qualquer alusão à eventual legitimidade do comportamento porque desde logo é possível afirmar que ninguém, em hipótese alguma, estaria legitimado para atentar gravemente contra a integridade moral de um ser humano⁵⁵ (nem mesmo, conforme dito anteriormente, quando assim o consentisse o sujeito passivo do delito ou quando se tratasse de salvar a vida de milhares de pessoas inocentes). A prova obtida mediante tortura deverá ser considerada ilícita e não será admitida em processo cível ou criminal, conforme vedação constitucional (art. 5.º, LVI, da CF (LGL\1988\3)).

Daí porque se sustenta que a proteção penal da dignidade humana, ou, mais concretamente, da



integridade moral do ser humano, no marco da tortura, deve ocorrer de forma absoluta, embora, de fato, nenhum direito, inclusive os direitos da personalidade, possa ser exercido de forma absoluta.⁵⁶ A exceção à regra da relativização dos direitos cabe em tais casos porque o direito a não ser torturado não pode admitir diferentes matizes ou graduações de acordo com a constatação, no caso concreto, do maior ou menor alcance do exercício da autonomia por parte do indivíduo que figura como vítima desses delitos.

Como bem ressalta Queralt Jiménez:

“A tortura é uma prática progressiva que não conhece limites; hoje pode ser o terrorismo e amanhã será o tráfico de drogas ou o opositor político (...). A segunda razão estriba na mais crassa das incompetências profissionais por parte das autoridades e funcionários policiais, apoiada por certas conveniências em outros setores; quando mais violenta e organizada é a delinquência, tal como ocorre com o terrorismo e outras modalidades de quadrilhas modernas, mais sofisticada e menos visceral tem que ser a resposta policial.”⁵⁷

A forma como essa ponderação de interesses (por um lado, a integridade moral e, por outro, a vida ou a liberdade de terceiras pessoas) teria lugar, no marco do Estado de Necessidade, seria algo impossível de se aferir, de modo que, ao cabo de algum tempo, a relativização do direito à integridade moral acabaria transformado o respeito à dignidade humana em mero artefato simbólico, e a humanidade correria o sério e grave risco de ver-se reduzida à mera coisa, semelhante aos objetos ou, quando muito, aos demais animais. Daí porque se defende que, independentemente da razão pela qual seja empregada, a tortura resulta sempre inadmissível, em razão da particularidade do bem jurídico protegido através de sua incriminação – aqui identificado como a integridade moral – e de sua validade *a priori*, como essência do ser humano, aferida de forma completamente alheia a qualquer ponderação de interesses.⁵⁸

A particularidade do direito da personalidade protegido pela Lei 9.455/1997 também justifica que esta Lei estabeleça como potenciais sujeitos ativos do delito de tortura qualquer pessoa (crime comum), e não apenas os agentes do Estado, posto que, como visto anteriormente, os demais tipos presentes no Código Penal (LGL\1940\2) e nas leis esparsas pouco ou nada oferecem de concreto com vistas à tutela da integridade moral, limitando-se a proteger bens jurídicos tradicionais, como a integridade física e psicológica de suas vítimas. Certo é que todo atentado à vida, à integridade física e à dignidade sexual, por exemplo, lesionam também a dignidade humana; mas não se pode afirmar o contrário, ou seja, que toda lesão da integridade moral se resume necessariamente a um homicídio, lesões ou estupro. O delito de tortura possui uma especificidade ímpar, ele protege um bem jurídico não tratado pelo Código Penal (LGL\1940\2) ou pelas demais leis, e nesse sentido é que se deve considerar torturador todo aquele que, a serviço do Poder Público ou atuando na esfera particular, no recesso do seu lar, de uma creche, de uma escola ou de um asilo, coloquem em risco ou lesionem a dignidade única e inerente a cada ser humano pelo simples fato de sê-lo. Nada impede, porém, que o fato de ter sido cometido por agente público aumente a pena do delito de tortura, como corretamente prevê a Lei 9.455/1997 (art. 1.º, § 4.º, I), mas não figurando como elementar do crime, integrante da figura típica.

Por derradeiro, merece destaque a certa opinião de Del Toro Marzal, que já em 1979 afirmava que:

“A tortura há de ser castigada em si mesma e por si mesma, em atenção a seus aborrecíveis métodos e a seus fins contrários à liberdade e à dignidade. Certo que o abuso de poder exige séria agravção da pena como máxima reprovação ao Estado que o utiliza, mas não considerar que particulares ou extremistas podem também empregar a tortura, tanto em prejuízo de outros particulares como dos próprios agentes estatais, é limitação demagógica e contraproducente, pois se se consideram crimes internacionais fatos cometidos por particulares – como, por exemplo, o tráfico de brancas e de drogas –, tal exclusão carece de lógica jurídica (...).”⁵⁹

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A personalidade está diretamente ligada ao modo fiel e peculiar de pensar, sentir e agir do indivíduo. Essa definição tende a ser ampla e acaba por incluir habilidades, atitudes, crenças, emoções, desejos, contido na ordem jurídica no art. 11 do CC/2002 (LGL\2002\400) brasileiro que trata da natureza dos direitos da personalidade, atribuindo-lhe as características da intransmissibilidade e da



irrenunciabilidade, além da impossibilidade de limitação voluntária de seu exercício, salvo aquelas autorizadas por lei.

Na evolução histórica da tortura, há uma importante baliza divisora, já que, no pretérito, a tortura era estabelecida como mecanismo de controle e regramento entre os povos primitivos, posteriormente, foi empregada como meio processual, até atingir a Idade Moderna, tomando rumo à sua abolição legal, e assumindo, na atualidade, a condição de crime.

Na linha conceitual, o marco para compreensão do significado de tortura foi a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984, ratificada pelo Brasil no ano de 1989, pois não havia, até então, uma construção jurídica sobre o conceito de tortura. Fortalecidas pela doutrina, as denominações atuais dizem respeito ao sofrimento ilegal, que possa ser empregado por qualquer pessoa para causar lesão física, mental ou moral com um fim específico, determinado pela Lei 9.455/1997.

Apesar de existir uma Lei que reprime uma conduta tão abominável quanto a tortura, vivemos sob a desídia da prática deste crime, e apesar do fato da Constituição Federal (LGL\1988\3) brasileira elevar o princípio da dignidade da pessoa humana a um patamar soberano (art. 1.º, III, da CF (LGL\1988\3)), ainda assim são abundantes as ocorrências da deflagração deste delito, rompendo, portanto, os pilares constitucionais mais elementares.

No mesmo sentido, a legislação brasileira, consolidando o absolutismo desse princípio, apregoa na mesma Lei Maior que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (art. 5.º, III), concedendo à integridade moral do ser humano uma proteção consagrada que não comporta qualquer tipo de exceção.

Historicamente, a tortura foi um método impetuoso praticado por funcionários públicos, um crime ligado às finalidades criminosas do suplicante, que provoca a degradação da vítima, transformando-a em mero objeto da ação arbitrária, sendo, portanto, incompatível com a dignidade da pessoa humana. Mas nada impede, porém, que seja a mesma praticada também por particulares, de modo que andou bem o legislador ao prever que a tortura seja um crime comum no Brasil (art. 1.º da Lei 9.455/1997). Isso porque uma análise do Código Penal (LGL\1940\2) brasileiro e das demais leis esparsas demonstra que em nenhuma delas encontra-se algum tipo penal que encerre o injusto específico do delito de tortura, qual seja, uma lesão à integridade moral do ser humano. Protegem-se a integridade física, psíquica, a liberdade, a dignidade sexual, mas em nenhum caso os delitos que violam esses bens jurídicos abarcam também, por exigência legal, um menosprezo à dignidade humana, como acontece com o crime de tortura.

Sendo ela catalogada como uma das mais graves transgressões dos direitos humanos, representando um obstáculo à consolidação do sistema democrático e do Estado de Direito, a eliminação deste método odioso é condição indispensável para a prevalência dos direitos humanos, e, conseqüentemente, para a preservação da dignidade do homem. Não há que se admitir qualquer exceção, posto que a consideração do homem como pessoa é pressuposto da consideração de qualquer regra como direito: se uma normativa tem por objeto condutas humanas, só será possível reconhecer-lhe o caráter de direito se a mesma respeitar a estrutura ontológica fundamental que impõe a concepção do homem como *pessoa*. Do contrário, se a viola, já não poderá ser compreendida como autêntico direito, mas apenas como um mero e puro dispositivo de força e coação.⁶⁰

10. REFERÊNCIAS

ALLPORT, Gordon. *Personalidade, padrões e desenvolvimento*. São Paulo: Ender, 1966.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 11. ed. São Paulo: Hemus, 1995.

BEZERRA, Jarbas Antônio da Silva. *Tortura: mecanismo arbitrário de negação da cidadania*. Natal: Lidador, 2001.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BOCK, Ana M. Bahia. *Introdução ao estudo de psicologia*. 4. ed. Saraiva, 1991.



- BORGES, José Ribeiro. *Tortura: aspectos históricos e jurídicos: o crime da tortura na legislação brasileira – Análise da Lei 9.455/97*. Campinas: Romana, 2004.
- BRUGGER. Darf der Staat ausnahmsweise foltern? *Der Staat*. vol. 35. p. 66. 1996.
- CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- COIMBRA, Cecília Maria Bouças. *Tortura no Brasil como herança cultural dos períodos autoritários*. Trabalho apresentado no Seminário Nacional sobre a Eficácia da Lei da Tortura, Brasília, 2000.
- COIMBRA, Mario. Tratamento do injusto penal da tortura. In: PRADO, Luiz Regis (coord.). *Série ciência do direito penal contemporâneo*. São Paulo: Ed. RT, 2002. vol. 2.
- CUNHA, Rogerio Sanches da. *Legislação criminal especial*. São Paulo: Ed. RT, 2009. Coleção Ciências Criminais, vol. 6.
- DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Campinas: Romana Jurídica, 2004.
- DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar. *Vocabulário jurídico*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. vol. IV.
- DEL TORO MARZAL, Alejandro. El nuevo delito de tortura. *Doctrina Penal*. n. 5-8. ano 2. p. 672. 1979.
- DÍAZ PITA, María de Mar. El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral. *Estudios Penales y Criminológicos*. vol. XX. p. 83. 1997.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Trad. L. M. P. Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1987.
- FRANCO, Ana Paula Nogueira. Distinção entre maus-tratos e o art. 1.º, n. II, da Lei de Tortura. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. vol. 62. p. 11. São Paulo: IBCCrim, jan. 1998.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes. La protección penal de la integridad moral. In: Díez Ripollés, J. L.; Romeo Casabona, C. M.; Gracia Martín, L.; Higuera Guimerá, J. F. (eds.). *La ciencia del derecho penal. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002.
- GOMES, Luiz Flávio. *Tortura: aspectos conceituais e normativos*. Disponível em: [www.dhnet.org.br/inedex.htm]. Acesso em: 12.12.2012.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Javier. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986.
- GRACIA MARTÍN, Luis. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Trad. Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- _____; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales: vida humana independiente y libertad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.
- GRECO, Luís. As regras por trás da exceção – Reflexões sobre a tortura nos chamados “casos de bomba-relógio” (*ticking-time-bomb-cases*). *Revista Jurídica Unicuritiba*. n. 23. p. 238. Curitiba: Temática n. 7, 2009.
- GRIMA LIZANDRA, Vicente. *Los delitos de tortura y de tratos degradantes por funcionarios públicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.
- HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal (LGL\1940\2)*. Rio de Janeiro: Forense, 1950. vol. V.
- JUNG, Carl Gustav. *O eu e o inconsciente*. Petrópolis: Vozes, 1978.
- JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. *Legislação penal especial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Trad. José Mardomingo. Barcelona: Ariel. 1996.



- LAFONT NICUESA, Luis. *El delito de acoso moral en el trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético, responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- LUIZI, Luiz. Considerações sobre a tortura. *Revista da Faculdade de Direito UniCruz*. ano 4. p. 20. jan.-jun. 1999.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, Javier. *Los delitos contra la integridad moral*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 2.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- PÉREZ MACHÍO, Ana. Concreción del concepto jurídico de *mobbing*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. n. 6. p. 33. 2004.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan. *Derecho penal español. Parte especial*. Barcelona: Bosch, 1992.
- Relatório Inicial relativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966. Ministério das Relações Exteriores, Fundação Alexandre de Gusmão e Núcleo de Estudos da Violência da USP. Brasília: Funag, 1994.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. Algumas notas sobre a nova Lei de Tortura. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. vol. 54. p. 2. São Paulo: IBCCrim, maio 1997.
- SILVA, José Geraldo. *A Lei de Tortura interpretada*. São Paulo: Editora de Direito, 1997.
- SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes hediondos*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- SINGER, Peter. *Ética prática*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- SOARES, Rafael Jr. Inconvencionalidade da Lei 9.455/97: a tortura como crime próprio. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. vol. 213. p. 14. São Paulo: IBCCrim, ago. 2010.
- SZNICK, Valdir. *Tortura: histórico, evolução, crime*. São Paulo: Leud, 1998.
- TAVARES, Juarez. A delimitação da autoria no crime de tortura. *Enfoque jurídico – Informe TRF 1.^a Região*. abr.-maio 1997.
- TEIXEIRA, Flávia Camello. *Da tortura*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Crime de tortura*. São Paulo: Romanas, 1998.
- TOLEDO, Francisco de Assis. Sobre o crime de tortura na recente Lei 9.455/97. *Justiça Penal*. n. 5. p. 14. São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 1997.

1 JUNG, Carl Gustav. *O eu e o inconsciente*. Petrópolis: Vozes, 1978. p. 68.

2 Idem, ibidem.

3 CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 139.

4 DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Campinas: Romana Jurídica, 2004. p. 24.



- 5 COIMBRA, Mario. Tratamento do injusto penal da tortura. In: PRADO, Luiz Regis (coord.). *Série ciência do direito penal contemporâneo*. São Paulo: Ed. RT, 2002. vol. 2, p. 13 e ss.
- 6 BEZERRA, Jarbas Antônio da Silva. *Tortura: mecanismo arbitrário de negação da cidadania*. Natal: Lidador, 2001. p. 24.
- 7 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Trad. L. M. P. Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 21.
- 8 SZNICK, Valdir. *Tortura: histórico, evolução, crime*. São Paulo: Leud, 1998. p. 21.
- 9 COIMBRA, Cecília Maria Bouças. *Tortura no Brasil como herança cultural dos períodos autoritários*. Trabalho apresentado no Seminário Nacional sobre a Eficácia da Lei da Tortura, Brasília, 2000.
- 10 BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 11. ed. São Paulo: Hemus, 1995. p. 31.
- 11 TEIXEIRA, Flávia Camello. *Da tortura*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 35-36.
- 12 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Crime de tortura*. São Paulo: Romanas, 1998. p. 35.
- 13 Idem, p. 38.
- 14 CUNHA, Rogerio Sanches. *Legislação criminal especial*. São Paulo: Ed. RT, 2009. Coleção Ciências Criminais, vol. 6, p. 956-957.
- 15 BORGES, José Ribeiro. *Tortura: aspectos históricos e jurídicos: o crime da tortura na legislação brasileira – Análise da Lei 9.455/97*. Campinas: Romana, 2004. p. 170.
- 16 DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar. *Vocabulário jurídico*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. vol. IV, p. 1571.
- 17 SZNICK, Valdir. Op. cit., p. 37.
- 18 HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal (LGL\1940\2)*. Rio de Janeiro: Forense, 1950. vol. V, p. 167.
- 19 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 2, p. 23.
- 20 Em 31.03.1997, foi exibida, em rede pública, uma reportagem de denúncia em relação aos direitos humanos. A matéria mostrava um grupo de policiais militares extorquindo dinheiro, humilhando, espancando e executando pessoas numa *blitz* na favela Naval, em Diadema, na Grande São Paulo. As imagens, gravadas por um cinegrafista amador nos dias 03, 05 e 07 de março daquele ano, foram entregues ao repórter Marcelo Rezende e revelavam a extrema crueldade com que os PMs tratavam cidadãos indefesos no que, oficialmente, seria uma operação de combate ao tráfico de drogas (disponível em: [<http://memoriaglobo.globo.com/Memoriaglobo/0,27723,GYN0-5273-257167,00.html>]. Acesso em: 21.01.2013).
- 21 SILVA, José Geraldo. *A Lei de Tortura interpretada*. São Paulo: Editora de Direito, 1997. p. 17.
- 22 Vide SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes hediondos*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 116.
- 23 COIMBRA, Mário. Op. cit., p. 167.
- 24 Relatório Inicial relativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966. Ministério das Relações Exteriores, Fundação Alexandre de Gusmão e Núcleo de Estudos da Violência da USP. Brasília: Funag, 1994. p. 56.
- 25 Vide JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. *Legislação penal*



especial. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 593.

26 GOMES, Luiz Flávio. *Tortura: aspectos conceituais e normativos*. Disponível em: [www.dhnet.org.br/inedex.htm]. Acesso em: 12.12.2012. Em idêntico sentido, entendem que a tortura deve ser crime especial próprio, entre outros, SILVA FRANCO, Alberto. Op. cit., p. 120 e ss. (que inclusive considera inconstitucional a Lei 9.455/1997, ao não atentar a mesma para o *status* de norma constitucional dos tratados e convenções de direitos humanos dos quais o Brasil seja signatário – art. 5.º, §§ 1.º e 2.º, da CF (LGL\1988\3)); SOARES, Rafael Jr. Inconvencionalidade da Lei 9.455/97: a tortura como crime próprio. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais* 213/14 e COIMBRA, Mário. Op. cit., p. 137-138 e 169 e ss., para quem deve haver uma distinção entre a tortura policial e “aquelas praticadas por particulares, as quais se amoldam a outros tipos penais protetivos, inseridos nas legislações penais nacionais” (p. 137). Na mesma linha, vide ainda TAVARES, Juarez. A delimitação da autoria no crime de tortura. *Enfoque jurídico – Informe TRF 1.ª Região*, p. 9 e SHECAIRA, Sérgio Salomão. Algumas notas sobre a nova Lei de Tortura. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais* 54/2. Como trataremos de demonstrar mais adiante, embora não se negue que historicamente a tortura surgiu como crime especial, é precisamente porque os outros tipos a que se refere Mário Coimbra não tutelam de forma clara e suficiente o bem jurídico lesionado na tortura que a mesma deve permanecer como um crime comum, praticado por qualquer pessoa, tal como corretamente prevê a Lei 9.455/1997 (vide, infra, item 7).

27 LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético, responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 89.

28 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 65.

29 Idem, p. 139.

30 Vide, entre outros, COIMBRA, Mário. Op. cit., p. 136. O autor recorda que também a integridade física e mental do indivíduo, e até mesmo sua própria vida, poderiam ser citados como bens jurídicos tutelados nesse caso. Contudo, assevera que “além de tais valores estarem contidos no próprio conceito de dignidade humana, não se pode olvidar que, para o bem jurídico poder cumprir a sua função sistemática, é necessário, quando possível, pinçar-se, dentre os valores protegidos, aquele proeminente, que, no caso, é a dignidade humana”. No mesmo sentido, considerando a dignidade humana o bem jurídico lesionado pela tortura, vide SILVA FRANCO, Alberto. Op. cit., p. 121; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. Op. cit., p. 596. Para NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 1009, protegem-se a vida e a integridade física.

31 GRACIA MARTÍN, Luis; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales: vida humana independiente y libertad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. p. 419.

32 Vide MUÑOZ SANCHEZ, Javier. *Los delitos contra la integridad moral*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 22-23, que esclarece ainda que “um atentado à dignidade humana só é possível através da agressão a algum dos direitos fundamentais em que ela se manifesta, sem que haja espaço para uma lesão à dignidade que não implique também um atentado a algum outro bem jurídico”.

33 Vide GONZÁLEZ PÉREZ, Javier. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986. p. 94.

34 Vale lembrar que a Constituição Federal (LGL\1988\3) brasileira não acolhe um reconhecimento expresso do direito à integridade moral do ser humano como direito fundamental reconhecido a todos com caráter geral, mas apenas o menciona com respeito aos detentos (art. 5.º, XLIX: “É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”). Contudo, como tratar-se-á de demonstrar, a consagração da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (art. 1.º, III), aliada à proibição de tratamento desumano ou degradante (art. 5.º, III) é indício suficiente da preocupação do legislador constituinte com a proteção da integridade moral no Brasil. Além disso, do ponto de vista do direito internacional, cabe recordar que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada pelo Dec. 678/1992, estabelece expressamente em seu art. 5.º que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”, e que tal previsão resulta plenamente compatível



com os direitos e garantias já previstos na Constituição, conforme dita o art. 5.º, § 2.º, da CF (LGL\1988\3).

35 Vide LAFONT NICUESA, Luis. *El delito de acoso moral en el trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 101. Em outra oportunidade, esse autor registra acertadamente que “a integridade moral é a dignidade convertida em direito”.

36 Pouquíssimos doutrinadores brasileiros já se deram conta dessa lacuna legislativa, entre eles Luiz Luisi, que oportunamente já salientava que “a maior falha da Lei 9.455/1997 está em não ter incluído entre os sofrimentos capazes de configurar a tortura, os sofrimentos morais sabiamente previstos na tipificação do delito de tortura do Código Penal (LGL\1940\2) espanhol” (Considerações sobre a tortura. *Revista da Faculdade de Direito UniCruz* 4/20).

37 Nesse sentido, vide GRIMA LIZANDRA, Vicente. *Los delitos de tortura y de tratos degradantes por funcionarios públicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998. p. 64, para quem a tortura “transcende o *animus laedendi* que irrompe nas situações corriqueiras da agressão entre as pessoas, para, em patamar acima, significar o mais completo desprezo pela integridade do indivíduo, na culminância consciente de todo um procedimento que já o fez humilhado, vencido e inerte, ante os que dele dispõem, na fragilidade do físico depauperado, e na mente que já não o controla mais”.

38 Como destaca GARCÍA ARÁN, Mercedes. La protección penal de la integridad moral. In: Díez Ripollés, J. L.; Romeo Casabona, C. M.; Gracia Martín, L.; Higuera Guimerá, J. F. (eds.). *La ciencia del derecho penal. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002. p. 1245.

39 Vide, nesse sentido, por exemplo, MUÑOZ SÁNCHEZ, Javier. Op. cit., p. 24. Este autor conceitua a integridade moral como “o direito de toda pessoa a não sofrer sensações de dor ou sofrimentos físicos ou psíquicos humilhantes, vexatórios ou aviltantes”; a referência aos sofrimentos físicos, contudo, não me parece adequada quando do que se trata é da proteção da integridade *moral* do sujeito, sendo mais correto situar os casos citados por este autor (por exemplo, o médico que propositadamente não ministra a medicação correspondente ao enfermo terminal, aumentando sua dor) no conceito mais amplo e grave de *tortura*.

40 GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. cit., p. 1252.

41 Vide PÉREZ MACHÍO, Ana. Concreción del concepto jurídico de *mobbing*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 6/33-36.

42 Vide GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. cit., p. 1251; MUÑOZ SÁNCHEZ, Javier. Op. cit., p. 23.

43 A respeito dessa crítica, vide infra, item 7.2.

44 Sobre o bem jurídico protegido através da tipificação da tortura, vide COIMBRA, Mário. Op. cit., p. 136. Nesse particular aspecto, insta registrar que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (Corte de Estrasburgo) considera o tratamento degradante como a parte inferior de uma escala na qual a etapa intermediária é constituída pelos tratamentos desumanos e cujo degrau superior é ocupado pela tortura (vide o caso Irlanda vs. Reino Unido, Sentença de 18.01.1978, ponto 167, e o caso Campbell e Cosans, Sentença de 25.02.1982).

45 Por essa mesma razão, é possível afirmar que o sujeito passivo dos atentados contra a integridade moral poderá ser qualquer pessoa, independentemente de sua concreta capacidade de vontade (inclusive menores de idade e incapazes em geral) e também de sua capacidade, em concreto, de experimentar ou não um sentimento de humilhação. Vide, a respeito, MUÑOZ SÁNCHEZ, Javier. Op. cit., p. 39.

46 Nessa linha, vide, entre outros, MUÑOZ SÁNCHEZ, Javier. Op. cit., p. 49.

47 Vide, a respeito, FRANCO, Ana Paula Nogueira. Distinção entre maus-tratos e o art. 1.º, n. II, da Lei de Tortura. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais* 62/11.



48 Vide Díaz Pita, María de Mar. El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral. *Estudios Penales y Criminológicos* XX/83.

49 Por essa mesma razão, é possível afirmar que o sujeito passivo dos atentados contra a integridade moral poderá ser qualquer pessoa, independentemente de sua concreta capacidade de vontade (inclusive menores de idade e incapazes em geral) e também de sua capacidade, em concreto, de experimentar um sentimento de humilhação. Vide, a respeito, MUÑOZ SÁNCHEZ, Javier. Op. cit., p. 39.

50 Alguns casos são exemplificados por GRECO, Luís. As regras por trás da exceção – Reflexões sobre a tortura nos chamados “casos de bomba-relógio” (*ticking-time-bomb-cases*). *Revista Jurídica Unicuritiba* 23/238 e ss.

51 Nesse sentido, vide, por exemplo, BRUGGER. Darf der Staat ausnahmsweise foltern? *Der Staat* 35/95, para quem “às proibições até então absolutas se acrescenta uma disposição excepcional para o grupo de casos aqui mencionado – mas apenas para estes casos!”. Em sentido semelhante, do ponto de vista da filosofia moral, vide SINGER, Peter. *Ética prática*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 324, para quem “os pacifistas, que recusam o uso de violência quando ela é o único meio de impedir uma violência ainda maior, seriam responsáveis pelo recrudescimento da violência que resultou de sua omissão (...). Se dissermos que a violência é sempre um erro e nos recusarmos a ajudar que esse assassinato se concretize, não devemos arcar com uma parte da responsabilidade pelos futuros assassinatos ordenados pelo tirano?”.

52 Vide ROXIN, Claus. *Staatliche Folter* 2/469 apud GRECO, Luís. Op. cit., p. 238, nota 9. No Brasil, concorda com a aplicação da excludente de culpabilidade para os casos de tortura de criminosos que conhecem algum segredo capaz de evitar a morte de várias pessoas. COIMBRA, Mário. Op. cit., p. 146. O autor admite igualmente a aplicação do erro de proibição indireto, em que o sujeito erra sobre os limites de uma causa de justificação, na hipótese do coronel que concordou em torturar um inimigo, sabendo que este poderia prestar-lhe informações relevantes com o intuito de evitar a morte de um batalhão inteiro.

53 Vide alguns exemplos de aplicação excepcional da tortura na Alemanha, com fins de investigação policial. Disponível em: [www.menschenrechte.org/lang/de/lateinamerika/ein-bisschen-folter]. Acesso em: 21.02.2013.

54 Vide GRACIA MARTÍN, Luis. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Trad. Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 90.

55 Como lembra com razão Grima Lizandra, para quem “não há interesses gerais que se considerem superiores ao da proibição da tortura. Nem mesmo a mais grave situação de perigo para o próprio sistema democrático ou a sobrevivência do Estado pode justificar a tortura. Não existe interesse político preponderante que possa justificar (dar direito a) a utilização da tortura” (GRIMA LIZANDRA, Vicente. Op. cit., p. 159).

56 Vide, a respeito, PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 110-120; a tese de que não existem direitos absolutos é aceita pela doutrina majoritária inclusive em relação ao direito constitucional à vida; assim, argumenta-se que, se se admitisse a existência de direitos dessa ordem, o conflito entre o direito absoluto de uma pessoa e o direito absoluto de outra seria irresolúvel pelo direito.

57 QUERALT JIMÉNEZ, Joan. *Derecho penal español. Parte especial*. Barcelona: Bosch, 1992. p. 794-795.

58 Nesse sentido, nunca é demais recordar Immanuel Kant, para quem a ideia da dignidade humana pode e deve ser trasladada integralmente aos criminosos. Kant considerava que os delinquentes perdiam, com a condenação, sua personalidade civil, mas mantinham intacta sua personalidade inata, que diz respeito à essência do homem enquanto homem. Essa dignidade, em Kant, possui um valor *absoluto*, deduzida do fato de o ser humano ser sempre um fim em si mesmo, devendo por isso ser protegido de qualquer arbítrio. Desconhecer essa dignidade significa instrumentalizar o homem e convertê-lo em uma coisa entre as coisas, aspecto que já foi retratado aqui, e veementemente



rechaçado por nós (para maiores detalhes, vide KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Trad. José Mardomingo. Barcelona: Ariel, 1996. p. 185-187.

59 DEL TORO MARZAL, Alejandro. El nuevo delito de tortura. *Doctrina Penal*, n. 5-8, ano 2, p. 672. No mesmo sentido, mais recentemente, o ilustre Francisco de Assis Toledo ressaltava que: "não havia razão, no quadro sociopolítico atual, para que o legislador pátrio, apegando-se a publicações do passado histórico, procurasse, agora, neste ano da graça de 1997, inspiração em informes de organismos internacionais, longe de nossa realidade, preocupados com perseguições a dissidentes políticos, para a elaboração de nossa Lei de Tortura. A tortura, pois, tal como consta de nossa recente lei, é um crime comum, não um crime político ou funcional. O sujeito ativo desse crime pode ser qualquer um, funcionário público ou não" (Sobre o crime de tortura na recente Lei 9.455/97. *Justiça Penal* 5/14).

60 Nesse sentido, GRACIA MARTÍN, Luis. Op. cit., p. 171.