

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Faculdade Mineira de Direito

Ubiratan Antônio Costa

CRIMES CONTRA A HUMANIDADE:

Tortura

Belo Horizonte

2006

Ubiratan Antônio Costa

CRIMES CONTRA A HUMANIDADE:

Tortura

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito, nível de mestrado da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, para obtenção do título de Mestre em Direito. Área e concentração: Direito Internacional e Comunitário.

Orientador: Professor Dr. Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva

Belo Horizonte

2006

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

C837c Costa, Ubiratan Antônio
Crimes contra a humanidade: tortura / Ubiratan Antônio Costa. Belo Horizonte, 2006.
138f.

Orientador: Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Tortura - História. 2. Crime contra a humanidade. 3. Crime contra a honra. 4. Abuso de autoridade. 5. Convenções. I. Silva, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 321.64(81)

Ubiratan Antônio Costa

CRIMES CONTRA A HUMANIDADE:

Tortura

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito, nível de mestrado da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração:

Direito Internacional e Comunitário.

Prof. Dr. Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva (Orientador) - PUC Minas

Prof. Dr. Mario Lúcio Quintão Soares - PUC Minas

Prof. Dr. Bruno Wanderley Júnior - PUC Minas

Belo Horizonte, 30 de junho de 2006.

***O homem é o único animal que provoca
sofrimento aos outros com o objetivo
exclusivo de provoca-lo
Schopenhauer***

***Naqueles dias, o rei Herodes prendeu alguns
membros da igreja, para tortura-los.
At. 12.1***

AGRADECIMENTOS

“Agradecer é dar; ser grato é dividir. A gratidão é dom, é partilha, é amor. Que prazer poder dizer obrigado” André Comte-Sponville.

Esta dissertação é o resultado de um trabalho de pesquisa realizado para a obtenção do título de Mestre em Direito Internacional Público, na Universidade Católica de Minas Gerais, não poderia deixar de expressar minha gratidão, a algumas pessoas que muito colaboraram para esta realização.

Sou particularmente grato ao Professor Doutor Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva pela dedicação e paciência na orientação. Aos professores Dr. Mário Lúcio Quintão Soares, que foi de extrema importância na minha vida acadêmica; Alexandre Lopes Rocha Lima, amigo e mestre e ao Caio, amigo inseparável nas viagens para as aulas na Puc / BH.

Pela ajuda nas horas difíceis e incentivos, agradeço à minha querida amiga Dra. Maria Magda Corgozinho, simplesmente Magda.

A minha família, Marlene e Polyana, que estavam sempre presentes e incentivando, a minha mãe e irmãos, ao meu pai, a Selma Leonel Nunes pela paciência e dedicação, muito obrigado.

A Deus, por ter colocado em meu caminho estas pessoas maravilhosas, iluminando-as e guiando-as.

RESUMO

O Estatuto de Roma estabelecido em 17 de julho de 1998 com a participação de 120 Estados na Conferência dos Plenipotenciários estabeleceu a Corte Internacional Criminal. O Estatuto entrou em vigor em 1º de julho de 2002. Qualquer um que cometesse um dos crimes após a entrada em vigor estará sujeito a ser julgado por esta Corte. Nosso estudo baseia-se no artigo 7º, letra “f” do Estatuto, crimes contra a humanidade, tortura. O nosso Interesse neste tema justifica-se pela prática repudiada ao longo do tempo e proibida em vários sistemas penais vigentes no mundo. Apesar disto a tortura faz parte da realidade do mundo, incorporada nas mais avançadas técnicas capazes de garantir eficácia não deixando marcas. Optamos por estudar a tortura na história do Direito Internacional, Primeiro, em linhas gerais, a história da tortura para uma melhor compreensão do assunto e na evolução das leis criminais e dos processos criminais. Segundo, a lei internacional focalizada na legislação internacional sobre a tortura como crime contra a humanidade, uma das violências que mais agride a dignidade humana. Subsequentemente a Convenção contra a tortura, a resolução 39/46 da Assembleia Geral das Nações Unidas de 1984 é estudada cuidadosamente. Acreditamos que o sistema criminal ainda é falho no que se refere à definição cuidadosamente. Acreditamos que o sistema criminal ainda é falho no que se refere à definição de crimes contra a tortura.

PALAVRAS CHAVES: Tortura, história, conceitos de crimes contra a humanidade, *ius cogens*, Convenção contra a Tortura de 1984.

ABSTRACT

The Rome Statute of the International Criminal court was established on 17th July 1998, when 120 states participating in the United National Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the establishment of International Criminal court adopted the Statute. The Statute entered into force on 1st July 2002. Anyone who commits any of the crimes under the Statute after date will be liable of prosecution by the court, Our Study is based in the 7th article "F" Torture, and crime against humanity. Our interest in the theme is justified The practice that has been repudiated of long time by society in general, and prohibited in several systems of law. In spite of this, torture is still part of the world reality. It's noted however, that modern. Torture has incorporated the most "advanced techniques" capable of guaranteeing efficacy with fewer traces. We opted to study torture are outlined, of a better understanding of the subject in the wider evolution of Criminal law and Criminal Process law. Second, International law is focused on. International Legislation about torture and the other cruel and unusual treatment and Punishments, inhuman or degrading, considers Torture to be on international crime against humanity, one that violates, above all, human dignity. Subsequently the Convention against Torture Resolution 39/46. General Assembly in 1984 is carefully studied. It's seen at first an important improvement to our criminal system because it defines crime against torture.

KEY WORDS – Torture, crime, history, international law, concept crime against humanity international, *ius cogens*, humanity dignity Convention against torture 1984.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AIDP – Association Internationale de Droit

Art. – Artigo

CCT – Cômite contra Tortura

CDI – Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas

CICV – Comitê Internacional da Cruz Vermelha

Cf. – Conforme

CPT – Comitê Européen pour la Prevention de la Torture

ETPI – Estatuto do Tribunal Penal Internacional

ETPII – Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia

ETPIR – Estatuto do Tribunal Penal Internacional para o Ruanda

ICC – International Criminal Court

ICTR – International Criminal Tribunal for Rwanda

ICTY – International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia

ILA – International Law Association

ILC – International Law Commission

ONU – Organização das Nações Unidas

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TPI – Tribunal Penal Internacional

TPII – Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para ex-Iugoslávia

TPIR – Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para o Ruanda

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
2 CRIMES CONTRA A HUMANIDADE.....	15
2.1 Crimes contra a humanidade e elementos constitutivos.....	15
2.1.1 <i>A necessidade da existência de um conflito armado</i>	21
2.1.2 <i>Exigência de uma motivação específica com caráter generalizado</i>	24
2.1.3 <i>Motivações pessoais</i>	25
2.1.4 <i>Caráter maciço e ou sistemático das condutas criminosas</i>	27
2.1.4.1 <u>Significado e alcance dos termos comissão generalizada e sistemática</u>	28
2.1.5 <i>Atos dirigidos contra a população civil</i>	30
2.2 Associação entre crimes contra a humanidade e as violações dos direitos humanos.....	32
2.3 Imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade.....	33
2.3.1 <i>Da imprescritibilidade do direito internacional</i>	34
3 TORTURA.....	38
3.1 Definição.....	38
3.1.1 <i>Elementos essenciais constantes na definição do crime de tortura</i>	39
3.1.1.1 <u>Elemento material</u>	41
3.1.1.2 <u>Elemento teleológico</u>	43
3.1.1.3 <u>Elemento subjetivo</u>	44
3.1.2 <i>Conceito de tortura física, psíquica e moral</i>	45
3.1.3 <i>Tipicidade objetiva e subjetiva</i>	48
4 O PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO CRIME DE TORTURA.....	51
4.1 Breves relatos históricos.....	51
4.2 Dos instrumentos internacionais de proteção contra à tortura.....	56
4.3 Bem jurídico protegido e sujeitos de delito.....	59
4.3.1 <i>Tortura: crime contra a dignidade da pessoa humana</i>	61
4.4 A tortura como crime internacional.....	64
4.5 Da proibição da tortura regra de <i>ius cogens</i>	66
4.6 Responsabilidade e ação penal.....	69
4.6.1 <i>O processo judicial</i>	70
4.7 Da repressão.....	71
4.8 Da reparação.....	74
4.9 Da prevenção.....	75
5 DA TORTURA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO.....	78
5.1 A Constituição Federal e a proteção da pessoa humana.....	78
5.2 A figura da tortura e a sua presença na construção constitucional brasileira.....	79
5.3 O crime de tortura e sua abrangência pela Lei nº 8.072/90.....	81
5.4 A tortura no Brasil e o surgimento da Lei nº 9.455/97.....	85
5.4.1 <i>Pouca aplicabilidade da lei de tortura</i>	90

5.5 Dos métodos, funcionamento e eficácia da tortura.....	93
5.6 Tortura e outros delitos.....	96
5.6.1 Tortura e abuso de autoridade.....	96
5.6.2 Tortura e lesão corporal.....	96
5.6.3 Tortura e constrangimento ilegal.....	96
5.6.4 Tortura e maus tratos.....	97
5.6.5 Tortura sofrimentos físico ou mental.....	97
5.6.6 Tortura imprópria e prevaricação.....	100
6 A TORTURA E SUA PREVISÃO NOS ESTATUTOS DOS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS.....	102
6.1 Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.....	103
6.2 Estatuto do Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente..	104
6.3 Lei nº 10 do Conselho Interaliado de Controle.....	104
6.4 Estatuto do Tribunal Penal Internacional <i>ad hoc</i> para a ex-Iugoslávia.....	105
6.5 Estatuto do Tribunal Penal Internacional <i>ad hoc</i> para o Ruanda.....	106
6.6 Estatuto do Tribunal Penal Internacional.....	108
7 CONCLUSÃO.....	113
REFERÊNCIAS.....	118

1 INTRODUÇÃO

A ideia dos direitos humanos identifica-se com os valores mais importantes da convivência humana, aqueles sem os quais as sociedades acabam perecendo através de um processo irreversível de desagregação. A totalidade dos direitos humanos compõe um sistema na medida em que hierarquiza os valores prevalentes no meio social, que podem ou não coincidir com a hierarquia reconhecida no ordenamento, de tal forma que haverá “sempre uma tensão dialética entre a consciência jurídica da coletividade e as normas editadas pelo Estado”. (COMPARATO, 1999, p. 25).

O campo das relações internacionais, como elucida Carlos Augusto Canêdo (2003, p. 23-24) era visto como um território da *realpolitik*, lugar no qual os interesses estatais estavam sempre à frente das demais questões. Em decorrência desses interesses o século XX conheceu guerras, massacres, genocídios, sendo o Direito Internacional Penal um instrumento que visa restaurar uma dimensão ética na esfera da política internacional.

A criação de tipos penais como o genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão representam uma tentativa de reconstrução dos direitos humanos após experiências totalitárias (cf. CANÊDO, 2003, p. 24), duas grandes guerras mundiais, além de uma série de conflitos armados durante o século XX decorrente de processos históricos imperialistas, de uniões e desmembramento de territórios. Neste contexto, surge o conceito de crime internacional encontrando-se vinculado a necessidade de estabelecer certa regulamentação da guerra (cf. SILVA, 1998, p. 51).

O Movimento Nacional Judicial reunido em Paris em 1946 ampliou o conceito de delitos contra a humanidade a atos cometidos não apenas contra um grupo humano como também a integrantes individuais do mesmo (cf. SALVADOR CRESPO, 1988, p. 29).

Após a guerra fria para Hervé Ascenio (2004, p. 265) o Direito Internacional Penal passa para uma direção vertical em que não caracteriza mais uma relação entre Estados, mas relações entre indivíduos e a sociedade internacional.

O fenômeno mais característico dessa verticalização é a criação de jurisdições penais internacionais como o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, Tribunal Penal Internacional para o Ruanda e mais recentemente o

Tribunal Penal Internacional com o objetivo de estabelecer mecanismos de repressão universais.

É neste cenário, em decorrência do contexto histórico e da necessidade de se proteger a própria espécie humana, que se conclama os direitos humanos e nele um capítulo designado à punição dos crimes contra a humana, destacando-se para fins deste estudo o crime de tortura.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 5º, escreve “ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”, esse artigo, conquista de toda uma humanidade, tem sido violado e está muito longe de ser respeitado. Em busca da repressão a esse ato, vários são os diplomas pós 1948 que retornaram ao tema da tortura, no plano internacional podemos destacar a Declaração sobre a Proteção de todas as Pessoas contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1975) e a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984); no plano regional Convenção Europeia e Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950) e Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar a Tortura (1985) e no nacional a Lei nº 9.455, de 7 de Abril de 1997.

Também nos Estatutos dos tribunais penais internacionais, a tortura constará como crime sob o qual têm competência, ora contido na expressão “e outros atos desumanos” como em Nuremberg, ora com especial atenção como o art. 7º, nº 1 alínea f) e nº 2, alínea e) do Estatuto de Roma.

Afirmar que muito não se escreveu sobre o tema tortura seria irreal e não justificaria nossa iniciativa. Pelo contrário, é a grande gama de estudos desde o movimento iluminista até os nossos dias que desperta atenção sobre o tema, a repugnância que causa e as manifestações geradas no meio social é que permitem com que esse tema não fique à margem dos mais variados setores da sociedade.

“A origem de uma invenção tão feroz ultrapassa os limites da erudição, e é provável que a tortura seja tão antiga quanto antigo é o sentimento do homem de dominar despoticamente outro homem” (cf. VERRI, 2000, p. 99). Nas fases áureas da tortura registradas na história, em períodos distintos, a tortura tornou-se mais evidente, citada no livro *Directorium Inquisitorum* (Manual dos Inquisidores), do inquisitor Nicolau Eymerich de 1376, que aponta conceitos, normas processuais a serem seguidos.

Após a conscientização da punição da prática de atos de tortura e os tratos desumanos e degradantes, a sua ocorrência passou a estar relacionada apenas a momentos de guerras e de escravatura, enquanto que em tempos de paz era ignorada. No entanto, uma análise atual e aprofunda sobre os casos de tortura nos revela que as formas graves de maus tratos não pertencem ao passado. A tortura mudou, evoluiu, assumiu formas tecnológicas, modernizou sua aparelhagem, tornando-a mais eficaz, dificultado o trabalho da perícia, destacam os historiadores que “[e]ssa nova instrumentalização da tortura foi inventada por um militar francês durante a guerra da Argélia de 1954 a 1962 e reproduzido em outras partes do mundo notadamente no Brasil durante o regime de exceção instaurado pelo golpe militar em 1964” (cf. Lazreg, 2008).

É nesse sentido que o repúdio a tortura se coloca como expressão máxima da proteção dos direitos humanos, o que motivou não somente a sua inserção em diversos documentos internacionais, como também a sua constitucionalização no ordenamento jurídico brasileiro.

A metodologia adotada vincula-se com a observância a historicidade e juridicidade do fenômeno do *ius cogens*, em termos do uso da proibição da prática de tortura e penas cruéis no âmbito internacional utilizando para tanto de ampla pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e legal.

Sendo assim, no item 2 far-se-á um estudo sobre os crimes contra a humanidade, com um breve percurso histórico e o estudo dos requisitos que nos permitem atestar se estamos ou não perante atos que compreendem a definição destes crimes. No item 3 será desenvolvido o tema da tortura no campo da ciência do direito (sua definição e os elementos que compõem esse crime).

No item 4 passaremos a análise do crime de tortura no campo internacional, procurando um entendimento contextualizado com o processo histórico e a necessidade da emanção de diplomas internacionais que proibissem os usos e a prática da tortura com vista a proteção do bem jurídico, dignidade da pessoa humana.

No item 5 a análise incidirá sobre o estudo da tortura no âmbito nacional, a proibição da tortura no processo de construção de um sistema constitucional e uma sociedade democrática, para por fim, no item 6 nos debruçaremos sobre a consagração máxima da proibição da tortura como um crime contra a humanidade que traduz-se na configuração do crime de tortura previsto nos Estatutos dos

tribunais penais internacionais, pretendendo assim demonstrar de forma prática a aplicação dos conceitos e dos tratados estudados nos capítulos anteriores.

2 CRIMES CONTRA A HUMANIDADE

2.1 Crimes contra a humanidade e elementos constitutivos

“Los crimines contra la humanidad son tan antiguos como la humanidad misma” com esta afirmação de Graven (apud Jimenéz, 1977, p. 1175) podemos perceber que estamos perante um assunto que acompanha o ser humano em vários momentos de sua evolução, no entanto, a concepção jurídica e a necessidade de legislar sobre e penalizar os atos que compreendem a lista desses crimes só foi intensificada na última década do século XX, tendo um grande contributo por parte dos internacionalistas a confecção especialmente de quatro instrumentos que os definem: primeiro, o Estatuto do Tribunal para a antiga Iugoslávia (1993); segundo, o Estatuto para Ruanda (1994); terceiro, o Projeto do Código de Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade (1996) e, por derradeiro, o Estatuto da Corte Penal Internacional (1998), que podem ser identificados como “[...] leyes de la humanidad a los derechos y libertades fundamentales del ser humano” (cf. SALVADOR CRESPO, 1988, p. 30).

A primeira vez na história que se verifica uma consciência jurídica ao redor do que hoje designa-se de crime contra a humanidade nos remete ao século XIX e o combate defendido principalmente pela Inglaterra ao tráfico transatlântico de escravos africanos com a aprovação no Congresso de Viena de 1815 da Declaração das Potências sobre a Abolição do Tráfico de Escravos, com fundamento nos princípios de humanidade e moralidade universal (cf. COMPARATO, 2010, p. 3).

Data de 1915 o ano em que foi utilizada pela primeira vez que a expressão crime contra a humanidade, como um termo não técnico, seguindo o seu uso nas declarações seguintes à Primeira Guerra Mundial, estando também plasmado, porém com um conceito independente no Estatuto de Londres de 1945 que estabelece o Tribunal Penal Internacional de Nuremberg¹, uma vez que neste diploma a expressão pretendia ser uma alternativa à categoria dos crimes de guerra

¹ Sobre o crime contra a humanidade e sua previsão no Estatuto de Londres ver: GRAVEN (1950, p. 453-460); QUINTANO RIPOLLÉS (1955, p. 607-612); BASSIOUNI (1993, p. 205-210).

pois que estes só podiam se aplicar aos combatentes inimigos. Assim não havia proteção as vítimas provenientes de ataques do próprio país em guerra ou de Estados aliados, tampouco aos apátridas (cf. BIBLIOTECA NACIONAL DO CHILE, 2005, p. 1).

Porém o espírito da norma, dos crimes contra a humanidade, já figurava no direito internacional humanitário desde a Convenção de Haia de 1907 através da Cláusula de Martens², especificamente, na Convenção nº 4 sobre os Costumes da guerra terrestre. Conforme salienta Eugênio Aragão (2009, p. 2) esta cláusula aplica-se perante situação de conflitos armados com vista a proteger os que neles estão expostos e que mesmo na ausência de normas que regulem o conflito, proteger aos não combatentes, pois deve-se sempre ser aplicado leis de humanidade³.

No art. 6º do Estatuto de Londres tem-se a definição da competência material do Tribunal Internacional Militar, nome oficial do conhecido Tribunal de Nuremberg, que posteriormente é designado pela Comissão de Direito Internacional de “Princípios de Nuremberg”, especificamente na alínea c) citado dispositivo legal tem-se que são crimes contra a humanidade

el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron (cf. Art. 6º, alínea c) Estatuto de Londres, 1945)

A redação desse artigo do ponto de vista técnico legislativo é criticada pela doutrina, como aponta Aragão (2009, p. 4-5), pois cria dois tipos de crimes contra a humanidade, (I) do tipo homicídio (da literatura anglo-saxã *the muder type, crimes*

² A Cláusula de Martens, aparece originariamente no Preâmbulo da (II) Convenção de Haia de 1899 relativa as leis e costumes de guerra terrestre, que previa que embora fosse possível se ter um código de leis de guerra completo era oportuno destacar que nos casos não compreendidos nas disposições que regulamentassem o conflito as populações e os beligerantes estariam submetidos ao regime dos princípios do Direito das Gentes, preconizados pelos usos estabelecidos entre as nações civilizadas, pelas leis de humanidade e pelas exigências de consciência pública. O nome da cláusula deve-se a uma declaração do professor von Martens, delegado da Rússia na Conferência de Paz de Haia de 1899. Mais sobre: TICEHURST, 1997; PUSTOGAROV, 1996.

³ Por sua vez, a ideia de *leis de humanidade* aparece no cenário internacional com o Tratado de Versalhes, 1919, nas negociações sobre a responsabilidade do Imperador Guilherme II. Em Versalhes, belgas e franceses apresentaram acusações de violação às leis de humanidade contra os alemães e Guilherme II, porém tal pretensão contou com a oposição norte-americana que argumentou estar esta expressão mais relacionada ao plano moral do que jurídico (cf. ARAGÃO, 2009, p. 2)

against humanity) e (II) do tipo de perseguição (*the persecution type*). Na senda dessa divisão, no clima do pós-guerra, a Rússia estabelece uma relação *sine qua non* entre a perseguição e os atos nazistas, assim os crimes contra a humanidade “[...] do tipo perseguição só poderiam ser julgados pelo Tribunal se fossem em conexão com outros crimes, ou seja, crime contra a paz, crime de promover uma guerra de agressão, ou crime de guerra” (cf. ARAGÃO, 2009, P. 5).

Conforme o disposto na citada Carta de Londres, os crimes contra a humanidade possuem uma delimitação temporal, pois só serão aceitos atos cometidos no contexto de guerra, porém inova, segundo as palavras de Salvador Crespo (1988, p. 30) ao esclarecer que os atos infracionais serão considerados como tais, “[...] sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieren sido perpetradas” e conclui o autor que será esta uma afirmação “[...] [de] la primacía del Derecho Internacional sobre el interno para el caso de estos delitos”.

A primeira tentativa de uma definição própria dos crimes contra a humanidade, de forma autônoma à ligação com os crimes de guerra estabelecida em Nuremberg se deu com o primeiro Projeto de código dos crimes contra a paz e segurança da humanidade, apresentado pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas em 1954, prevê no art. 2, nº 10 e 11 os crimes contra a humanidade, ao qual se transcreve:

10. Os atos de autoridades de um Estado ou de particulares, perpetrados com intenção de destruir total ou parcialmente um grupo nacional, étnico, racial ou religioso como tal, inclusive:
 - i) a matança de membros do grupo;
 - ii) lesão grave a integridade física ou mental dos membros do grupo;
 - iii) o submetimento intencional de um grupo a condições de existência que venham a acarretar sua destruição física, total ou parcial;
 - iv) as medidas destinadas a impedir o nascimento no seio do grupo;
 - v) o traslado a força de menores de um grupo a outro.
11. Os atos desumanos, tais como o assassinato, o extermínio, a escravidão, a deportação ou as perseguições contra qualquer população civil, por motivos sociais, políticos, raciais, religiosos ou culturais, perpetrados pelas autoridades de um Estado ou por particulares que atuem por instigação das ditas autoridades ou com sua tolerância (cf. SALVADOR CRESPO, 1988, p.31)

Porém considera a doutrina que o Projeto de código dos crimes contra a paz e segurança da humanidade não traz uma definição dos crimes em si, uma vez que não há uma diferença material entre a natureza dos crimes desumanos do art 11 e a previsão do art. 10º (cf. SALVADOR CRESPO, 1988, p. 31), ou seja, apenas enumera uma lista de atos em complemento à Convenção Internacional para a

prevenção e repressão do crime de genocídio⁴ de 1948, que os incrimina no art 10º do diploma, mas que segundo Salvador Crespo (1988, p. 30) “[...] contribuyó em gran medida a la construcción de concepto de ‘delito contra la humanidad’”⁵.

Após o primeiro julgamento em Nuremberg, o Estatuto de Londres é substituído pela Lei do Conselho Interaliado de Controle nº 10⁶, que define no art 2º os crimes contra a humanidade

[...] atrocidades, incluindo mas não limitado a homicídio, extermínio, escravidão, deportação, tortura, violação ou outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, ou perseguições de natureza política, racial, religiosa, sejam ou não em violação das leis domésticas do país onde foram cometidos (cf. ARAGÃO, 2009, p. 8).

E é com base nesse diploma que os conhecidos “Julgamentos Sucessores a Nuremberg”⁷ foram feitos. A partir de 1951/1952 finaliza-se a aplicação da Lei do Conselho e também as atividades do Tribunal Internacional Militar para o Extremo Oriente – Tribunal de Tóquio, criado com as mesmas finalidades do Tribunal de Nuremberg, tendo a redação do seu artigo 5º semelhante ao art. 6º da Carta de Londres.

Conclui Aragão (2009, p. 8) que ao “[...] encerrarem esses julgamentos, pouco se faz em relação à evolução do conceito de crimes contra a humanidade [...]”. E a

⁴ Aprovada e proposta para assinatura e ratificação ou adesão pela resolução 260 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 9 de Dezembro de 1948. Sobre o crime de genocídio e sua respectiva Convenção ver SILVA, Carlos Augusto Canêdo da. **O genocídio como crime internacional**, Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

⁵ Salvador Crespo utiliza a terminologia delito contra a humanidade como sinônimo de crime contra a humanidade, embora a doutrina faça distinção entre a gravidade dos atos que compreendem os delitos e os crimes internacionais. Neste sentido para Núñez Palacios (2010, p. 272 e ss.) e Fernandez-Palacios Gordon (1982, p. 190), os crimes internacionais não são meras violações ao ordenamento jurídico. No Projeto sobre responsabilidade internacional da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas o crime internacional “[...] é uma violação por parte de um Estado de uma obrigação tão essencial para a salvaguarda dos interesses fundamentais da comunidade internacional [...] embora o projeto se referia ao crime cometido por um Estado o seu conteúdo tem variado, e a mesma definição tem servido para definir os crimes cometidos por indivíduos [...] [ou seja], será crime internacional a violação de uma obrigação nascida de uma norma de ius cogens [sendo] o delito internacional propriamente os crimes de direito interno com interesse internacional” (cf. Núñez Palacios, 2010, p. 272 – 274 trad. nossa).

⁶ O Conselho Interaliado de Controle conforme esclarece Aragão (2009, p. 7) era a autoridade suprema na Alemanha ocupada pelos aliados pós segunda guerra, correspondendo aos órgãos legislativo e administrativo.

⁷ “Entre 1946 a 1949, os aliados ocidentais julgaram mais de 5.025 pessoas: 4 mil foram sentenciados, 806 foram condenados à morte e 486 executados. Nos chamados Julgamentos Sucessores de Nuremberg, 184 nazistas proeminentes foram julgados, a maioria médicos e dirigentes de campos de concentração: 147 foram declarados culpados, e 24 executados. Outras 200 mil pessoas com um passado questionável foram encarceradas, muitas das quais foram libertadas algumas semanas depois; outras ficaram presas por três anos. Em 1947, 40 mil dessas pessoas ainda estavam detidas [...] [sendo] libertada pela República Federal” (cf. KITCHEN, 2013, p. 433).

discussão é retomada em 1993 com a criação pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas através da Resolução nº 827 (1993) de 25 de Maio do Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para a ex-Iugoslávia (TPII) que diz no art 5º que será de competência deste Tribunal quanto aos crimes contra a humanidade,

[...] proceder contra as pessoas suspeitas de serem responsáveis pelos seguintes crimes, quando cometidos durante um conflito armado de carácter internacional ou nacional, e dirigidos contra a população civil, qualquer que ela seja: a) assassinio; b) extermínio; c) redução à condição de escravo; d) expulsão; e) prisão; f) tortura; g) violação; h) perseguições por motivos políticos, raciais e religiosos; i) outros atos desumanos (cf. art. 5º ETPII).

Porém o ETPII também não clarifica o conceito de crime contra a humanidade (cf. ARAGÃO, 2009, p. 9) e permanece com a sua relação aos atos cometidos em um conflito armado. A grande mudança ocorrerá com a aprovação da Resolução do Conselho das Nações Unidas nº 955 (1994) de 8 de Novembro e alterado pela Resolução do Conselho de Segurança nº 1329, de 30 de Novembro de 2000, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional para o Ruanda (ETPIR) que retira a exigência de que o ato seja cometido em um conflito armado para que seja considerado um crime contra a humanidade:

o Tribunal Internacional para o Ruanda tem competência para proceder contra os responsáveis por qualquer um dos seguintes crimes, quando cometido como parte de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, por motivos nacionais, políticos, étnicos, raciais ou religiosos: a) assassinio; b) extermínio; c) escravidão; d) deportação; e) prisão; f) tortura; g) violação; h) perseguição por motivos políticos, raciais ou religiosos; i) outros atos desumanos (cf. art. 3º do ETPIR).

Entretanto, apesar da inovação quanto a competência espacial não limitada as situações de conflito, a legislação não define os crimes, apenas descreve a competência material do tribunal, ou seja, não tipifica (cf. ARAGÃO, 2009, p. 9 – 10).

Por fim, adotado a 17 de Julho de 1998 em Roma pela Conferência Diplomática temos o Estatuto de Roma que institui o único tribunal permanente que tem por base um tratado, o Tribunal Penal Internacional, com o objetivo de julgar indivíduos pela prática de crimes graves internacionais (art. 5º) como o genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão.

O art. 7º do Estatuto de Roma clarifica o que o Tribunal entende como crime contra a humanidade, contudo para a doutrina, esta definição é complexa pois que primeiramente apresenta uma definição geral e posteriormente vai definir nove

expressões de atos, ou melhor, condutas específicas do autor do crime (cf. ARAGÃO, 2009, p.11; METTRAUX, 2002, p. 239).

O próprio TPI (s/d, p. 10) em nota explicativa sobre o Estatuto diz que o art. 7º deve ser interpretado de forma restrita, uma vez que são “[...] los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, justifican y entrañan la responsabilidad penal individual y requieren una conducta que no es permisible con arreglo al derecho internacional”. Esclarece Elio Cardoso que houve uma preocupação em estabelecer um

[...] patamar elevado para essa categoria com o propósito de evitar [que] fossem contempladas situações que, pela ausência de gravidade, não fizessem jus ao exame pelo TPI. Ao mesmo tempo, seria preciso evitar que esse limiar não fosse excessivamente alto (cf. CARDOSO, 2012, p. 48).

Por consequência o nº 1 do artigo em análise (onde consta a definição geral), contém o elemento essencial do crime, que visa diferenciá-los dos tipos legais comuns, vigentes no ordenamento interno dos países, que traduz-se na exigência de que os atos sejam cometidos como parte de um ataque generalizado ou sistemático

Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade", qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque (cf. art. 7º, nº 1 ETPI).

Assim, para que se esteja perante o tipo legal é necessário que o ato preencha quatro requisitos:

- a) seja cometido no quadro de um ataque
- b) esse ataque seja generalizado ou sistemático
- c) contra qualquer população civil
- d) o agente tem que ter conhecimento desse ataque

Os delitos previstos como crimes contra a humanidade tipificados são: homicídio, extermínio, escravização, deportação ou transferência forçada de população, aprisionamento, tortura, estupro ou outras formas graves de violência sexual, perseguição, desaparecimento forçado de pessoas e crime de *apartheid*.

Após o exposto, temos que uma primeira vista nas disposições relativas do crime que nos ocupa, contida em cada um dos instrumentos mencionados, poderia nos levar à existência de um conceito unificado.

Entretanto, todos esses instrumentos nos conduzem, inevitavelmente à direção de um mesmo núcleo de problemas como: questões como a necessidade ou não de que as condutas criminais se cometam durante um conflito armado, a necessidade de sua comissão sistemática e/ou maciça, ou a necessidade de uma motivação específica em todos ou somente em alguns dos comportamentos criminosos.

Conforme pode-se verificar, os debates realizados para cada um destes Tribunais *ad hoc*, da Iugoslávia e Ruanda, contribuíram para perfilar uma fórmula dos crimes contra a humanidade mais acorde com sua natureza, e que refletiu no artigo 7º do Estatuto de Roma. Fórmula que, a nosso entendimento, constitui um autêntico avanço na ordem mundial para lograr a repressão das condutas como as que se acham na base da figura dos Crimes contra a Humanidade.

Dedicaremos a cada um destes elementos, ou seja, aos requisitos para a configuração de um crime contra a humanidade algumas páginas.

2.1.1 A necessidade de existência de um conflito armado

Uma das questões mais discutidas no contexto de crime contra a humanidade foi sua definição, e teve como fontes principais as Cartas do Tribunal de Nuremberg, Tóquio, e os Estatutos dos tribunais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e Ruanda.

Os debates, fruto da redação contida no artigo 6º, letra c, do Estatuto de Nuremberg, dizia que os ataques poderiam ser cometidos antes ou durante a guerra. Posteriormente, vinculou-se tais crimes a outros tipos cometidos, necessariamente, durante ou em relação a um conflito armado, uma vez que, tais atos deviam realizar-se em execução ou em conexão com qualquer crime da jurisdição do tribunal, quer dizer: crimes contra a paz e crimes de guerra.

O Estatuto do Tribunal para o Oriente separou esta definição, pois referiu-se aos crimes contra a humanidade como condutas suscetíveis de serem cometidas antes ou durante a guerra, sem conectá-las, posteriormente, a outros tipos de crimes, como o seguido pela Lei nº 10 do Conselho do Controle Aliado, que foi omitido em seu texto com relação aos comportamentos delitivos. Também a Convenção das Nações Unidas sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e crimes de lesa humanidade, de 26 de novembro de 1966, em vigor desde novembro

de 1970, estabeleceu, de forma clara, em seu artigo 1º, letra b, que os crimes contra a Humanidade podem ser cometidos tanto em tempo de paz como em um conflito armado.

Há, portanto, uma clara tendência para a desvinculação do crime contra a humanidade em qualquer contexto específico, ou seja, até então só poderiam ser considerados como crimes contra a humanidade os atos tipificados que ocorressem durante e em consequência de um conflito.

Recentemente, o art. 5º do Estatuto para o Tribunal da ex-Iugoslávia é claro ao afirmar que os crimes contra a Humanidade somente podem ser perpetrados durante um conflito armado, interno ou internacional.

Sendo assim, faz-se necessário compreender o que se entende por conflito armado. O Direito Internacional Humanitário a partir do art 3º comum às quatro Convenções de Genebra faz uma distinção entre duas categorias, os conflitos armados internacionais e os conflitos armados não internacionais ou internos.

O art 2º comum às quatro Convenções de Genebra de 1949 nos diz que conflito armado será o confronto entre as Altas Partes Contratantes, ou seja os Estados signatários dos diplomas, sendo assim será a situação em que um ou mais Estados recorrem às forças armadas contra outro Estado, neste sentido Pictet esclarece que

[...] qualquer controvérsia que surja entre dois Estados que leve à intervenção das forças armadas é um conflito armado na acepção do artigo 2º, mesmo que uma das Partes negue a existência do estado de guerra. Não importa a duração do conflito ou quanta mortandade ocorra [...] (cf. PICTET, 1952, p. 32).

Também a jurisprudência contribuirá para a clarificação da definição de conflito armado, o TPII no caso Tadic, determinou que “um conflito armado existe sempre que houver recurso à força armada entre Estados”⁸. O TPIR no caso Akayesu, também dá sua contribuição ao declarar que existem dois requisitos para se verificar a ocorrência de um conflito armado: (I) uma intensidade nas hostilidades e (II) organização das partes, conforme o Tribunal, “[...] a expressão ‘conflito armado’ evoca a existência de hostilidades entre forças armadas mais ou menos organizadas. Dela são, portanto, excluídas as perturbações e tensões internas”⁹.

⁸ Cf. Case The Prosecutor v. Dusko Tadic, ICTY IT-94-1-A, 2 October 1995, par. 70.

⁹ Cf. Case The Prosecutor v. Akayesu, ICTR-96-4-T, Sentencing Judgement, 2 September 1998, par. 620.

Já os conflitos armados não internacionais são “[...] confrontos armados que ocorrem no território de um Estado entre o governo, de um lado, e grupos insurgentes, de outro. [...] Outra instância é o desmoronamento de toda autoridade governamental no país, que tem por consequência a luta entre vários grupos pelo poder” (GASSER, 1993, p. 555), esta explicação doutrinária é ratificada pelo art. 3º comum às quatro Convenções de Genebra de 1949 e pelo art. 1º do Protocolo Adicional II para os quais são os confrontos ocorridos no território de um Estado entre as forças armadas governamentais e grupos armados não governamentais. Sobre essa distinção o TPII também dá sua contribuição ao declarar que “sempre que haja [...] violência armada prolongada entre autoridades governamentais e grupos armados organizados, ou entre tais grupos dentro de um Estado”^{10 -11}.

Os crimes contra a humanidade até então seriam aqueles cometidos por agentes estatais contra seus próprios nacionais e dependentes da existência de um conflito armado. Na realidade, tal exigência é devida ao esforço realizado com o fim de conseguir que a figura do crime contra a humanidade respeitasse o princípio da legalidade.

A origem de todo esse debate estava na interpretação das condutas criminosas durante um conflito armado. Os juízes que acompanhavam o julgamento par a ex-lugoslávia do caso Vohrah se encontravam diante de duas posições distintas: de um lado consideravam satisfeitos com o requisito a que estamos nos referindo, se os atos tivessem sido cometidos “[...] *at some point in the course or duration of an armed conflict*”, ou, “*even if such crimes were not committed in direct relation to or part of the conduct of hostilities*”; deste modo, o nexó entre as condutas criminosas e o conflito armado ficaria demonstrado, embora os fatos não

¹⁰ Cf. Case The Prosecutor v. Dusko Tadic, ICTY IT-94-1-A, 2 october 1995, par.70.

¹¹ “Como bien sabido, en el seno de la Conferencia de Roma fue ampliamente discutida la formulación del crimen contra la Humanidad y más concretamente el marco general de la misma. Pues bien, el determinar si el crimen contra la Humanidad debía cometerse en un contexto bélico para poder ser calificado como tal dio lugar a dos posiciones claramente diferenciadas. Por una parte, la posición mantenida por una amplia mayoría de delegaciones que consideraban que los crímenes contra la Humanidad podían cometerse tanto en tempo de conflicto armado, y que no había razón para limitar innecesariamente la aplicación del tipo. Tal era el caso de delegaciones como la de Alemania, Francia, España, Gran Bretaña, Estados Unidos, Colombia, Argentina, Cuba, entre otras. Por outra, se encontraban delegaciones como la de Siria, Bahreim, Líbano, Sudán, Marruecos, Túnez o China, entre algunas otras, que defendían la necesidad de contextualizar los crímenes contra la Humanidad en el marco de un conflicto armado, incluso, según algunas tales delegaciones, en el marco de un conflicto armado internacional” cf. UN Doc. A/CONF/183/c.1/SR.3, Acta resumida dela terceira sesión, celebrada el día 17 de junio de 1998. Afortunadamente, el texto final Del Estatuto omite cualquier referencia al contexto bélico.

acontecessem em relação direta com, ou como parte das condutas em tempo de guerra¹².

Por outro lado, a defesa mantinha uma posição favorável à comissão dos fatos durante um conflito armado, isto é, no momento das hostilidades ou durante a guerra. Ficou acordado que, se exigisse uma conexão geográfica e temporal entre o fato delitivo e o conflito armado e, em segundo lugar, exigisse uma relação entre os fatos e o conflito; acrescentando que “[...] l’acte ne doit pas être dépourvu de lien avec le conflit armé, ne doit pas être motive purement par des desseins personnels de l’auteur”.

Assim, podemos concluir que a existência de um conflito armado não constitui uma condição inevitável para que nos encontremos diante de um crime contra a humanidade.

O artigo 7º do Estatuto de Roma, por sua vez inova, ao estabelecer que o ato deve ser cometido no momento de um ataque contra a população civil, sendo clarificado no próprio Estatuto na alínea a) do nº 2 do citado artigo, para o qual será qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos previstos no nº 1 do art 7º, contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política, desta forma, não está vinculado a um ataque em decorrência da presença de um conflito armado pré-existente¹³.

2.1.2 Exigência de uma motivação específica com caráter generalizado

O art. 6º do Estatuto de Nuremberg, depois da adoção do Protocolo de Berlim, de 6 de outubro de 1945, não trouxe maiores dificuldades aos Crimes Contra a Humanidade ao afirmar que “sólo el crimen contra la Humanidad consistente en la persecución exigia una motivación específica, fuera esta política, racial o religiosa”. O mesmo se pode afirmar na Carta de Tóquio, de 1946, e na Lei Nº 10 do Conselho de Controle Aliado. Disso resulta, de certo modo, o debate que existe em torno da

¹² Cf. Case The Prosecutor v. Dusko Tadic, ICTY-94-1-T, Judgment, 7 may 1997, par. 629.

¹³ Mais sobre ver: CHESTERMAN (2000, pp. 314-315); ROBINSON (1999, p. 45-46).

questão que refletiu nos Estatutos para a ex-Iugoslávia e Ruanda, embora tenha ficado omissa no Projeto do Código da C.D.I e no Estatuto de Roma, de 1998¹⁴.

De fato, os Estatutos dos Tribunais *ad hoc* da Iugoslávia e Ruanda diferem nesta questão. O artigo 5º do Estatuto do Tribunal para a ex-Iugoslávia não faz referência, formalmente, à motivação como marco geral, limitando-se à exigência de uma perseguição. Já o artigo 3º do Estatuto de Ruanda exige uma motivação específica, o que foi motivo de controvérsias, como política, étnica racial religiosa ou de nacionalidade para a comissão de qualquer das condutas enunciadas, o que causou surpresa, pois, a perseguição reitera que ela pode se dar pelos motivos acima relacionados.

Após longos debates, chegou-se à conclusão, conforme o parecer de Abellán Honrubia, de que

de la pratique et de la jurisprudence précédentes, il ne peut pas être déduit que la notion de crimes contre l'humanité ait évolué dans le sens de limiter son contenu aux seuls actes perpétrés dans une intention discriminatoire. Au contraire, ce qui peut être effectivement affirmé c'est que, selon de droit international coutumier, l'intention discriminatoire n'est pas une caractéristique des crimes contre l'humanité (ABELLÁN HONRUBIA, 1999 p. 342).

2.1.3 Motivações pessoais

Se analisarmos as motivações políticas, raciais ou religiosas suscetíveis de serem qualificadas como crime contra a humanidade, é importante analisar, seguindo esta mesma linha, a possibilidade de qualificar uma conduta criminal que tenha sido cometida por motivos estritamente pessoais, embora nenhum texto já tenha mencionado tal possibilidade.

Os Tribunais da ex-Iugoslávia e de Ruanda trataram desta questão em termos que analisaremos.

A sentença, em primeira instância, pelo TPII, no caso Tadic apontou para um ato criminoso que pudesse ser qualificado como crime contra a humanidade deveria estar relacionado com o conflito armado, “the act (...) must be done for purely

¹⁴ Em el seno de la Conferencia hubo algunas delegaciones, como las de Francia o Israel que defendían la inclusión de la motivación en el marco general de la formulación del crimen. Otras, sin embargo, defendieron la posición que finalmente resultó triunfadora y que consiste em no hacer referencia alguna a la motivación como elemento constitutivo del crimen contra la Humanidade. Cf. UN Doc. A/CONF; 183. 1/RS. acta de la tercera sesión celebrada el 18 de junio de 1998.

personal motives of the perpetrator, para realça, mais adiante diz que “while personal motives may be presente they shout not be the sole motivation for the act”¹⁵.

Na apelação apresentadas pelos Promotores notou-se que não havia nada no artigo 5º do Estatuto que sugerisse que os crimes contra a Humanidade não pudessem ser cometidos por “*purely personal motives*”, continuava a Promotoria interpretar que a conexão dos atos no conflito armado determina a inexistência de motivos pessoais na comissão do crime em epigrafe, sendo posta uma mera limitação para o exercício da jurisprudência por um novo elemento substantivo: uma *mens rea* específica, conforme argumentou a Promotoria, apoiando-se na jurisprudência fundamentada do pós-guerra. “even where the perpetrators may have been personally motivated to commit the acts in question, their conduct can still be characterised as a crime against humanity”¹⁶.

A defesa, por sua vez, alegava que, embora era certa que o Estatuto do Tribunal para a ex-Iugoslávia nada dizia a esse respeito, a interpretação realizada durante a audiência era correta, pois estava de acordo com a jurisprudência sobre a qual a Promotoria apoiava sua argumentação.

Desta feita, citava como exemplo, a sentença ditada pela Corte Suprema Britânica que considerou culpáveis de crime contra a humanidade os indivíduos cujos comportamentos haviam denunciados a Gestapo, a esposa judia de um deles, por atividades contrárias ao regime nazista, o que deu lugar a sua prisão e deportação para o campo de concentração de Auschwitz. Conforme sentença, viu-se que o único propósito dos delatores era se livrar da mulher que negava o divórcio a seu marido. A denúncia da Gestapo constitui de um meio ideal para obter seu objetivo.

A nosso ver, as condutas que acabamos de descrever constituem, sem sombra de dúvidas, como sendo crime contra a humanidade. Podemos qualificar a ação destes indivíduos como puramente pessoal uma vez que tais comportamentos foram marcados por uma política de aniquilação e destruição do povo judeu que imperava no contexto geográfico e temporal.

A sentença prolatada em julho de 1999 revela que o crime contra humanidade constitui um ataque sistemático contra a população civil e realizado com

¹⁵ Cf. Case The Prosecutor v. Dusko Tadic, ICTY-94-1-T), op. cit., par. 633-634 e 658-659.

¹⁶ Cf. Case The Prosecutor v. Dusko Tadic, ICTY-94-1-A, op. cit., par. 242.

conhecimento, excluindo por via interpretativa a possibilidade de cometer esse tipo de crime por motivos estritamente pessoal.

The Appeals Chamber agrees that it may be inferred from the words 'directed against any civilian population' in article 5 of the Statute that the act of the accused must be comprise part of a pattern of widespread or sustematic crimes directed against a civilian population and the accused must have known that his actx fit into such a pattem. There is nothing in the Statute, however, wich mandates theimposition of further condition that acts in question must not be committed for purely personal reasons, except to the extent that this condition is a consequence or a re-estatement of the other two conditions mentioned¹⁷.

Com relação ao que acabemos de analisar, temos que ter em mente duas coisas: primeiro, os crimes contra a humanidade não necessitam de uma motivação específica como marco para sua comissão; como bem analisa o art. 18 do Projeto do Código de Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade, e o art. 7º do Estatuto de Roma, assim como as jurisprudências dos Tribunais da Iugoslávia e Ruanda. Em segundo lugar, a comissão de determinadas condutas criminosas por motivos pessoais não impedirá sua qualificação como crime contra a humanidade, sempre e quando previstos os elementos para sua definição, isto é, sua comissão de modo maciço ou sistemático, contra população civil e com conhecimento.

2.1.4 *Caráter maciço e ou sistemático das condutas criminosas*

Os textos elaborados, quando do término da Segunda Guerra Mundial, foram omissos no que se refere à sistemática nos resultados como elementos próprios do crime contra a humanidade.

Mesmo assim, a sentença prolatada pelo Tribunal Militar Internacional de Nuremberg referiu-se de forma expressa à comissão generalizada e a sistemática. A resposta dada pelos tribunais de ocupação não foi uniforme. Enquanto os Tribunais americanos exigiam a presença do elemento comissão generalizada para qualificar determinadas condutas como crime contra a humanidade, os tribunais da zona britânica chegaram a uma conclusão contrária, afirmando que o elemento a que se refere não era um elemento essencial, mas o que era relevante era o vínculo entre o ato e a política cruel e bárbara levada a cabo, pelo regime nazista.

¹⁷ Cf. Case The Prosecutor v. Dusko Tadic, ICTY-94-1-A, op. cit., par. 248

Assim, o Estatuto do Tribunal para Ruanda (1994), o Projeto do Código de Crimes Contra a Paz e a Segurança da Humanidade (1996) e o Estatuto da Corte Penal Internacional (1998) incluem os termos analisados. Já o Estatuto do Tribunal para a ex-Iugoslávia (1993), anterior a todos os acima mencionados, não fez nenhuma referência formalmente, embora o Secretário Geral tivesse apontado a necessidade de que os comportamentos adquirissem determinadas ou responderiam por uma política concreta.

2.1.4.1 Significado e alcance dos termos comissão generalizada e sistemática

Algumas das condutas criminosas que são a base dos crimes contra a humanidade, trazem uma ideia de comissão generalizada ou de comissão em grande escala, assim ocorre com a perseguição, o extermínio ou a deportação. Outras, entretanto, constituem delitos de direito comum contra a legislação interna de qualquer Estado, como é o caso da tortura, do assassinato ou estupro, exigindo-se outros elementos para que esses atos adquiram natureza de infração internacional. Esses são, precisamente os elementos que vamos analisar, isto é, comissão generalizada e sistemática.

Nos tribunais *ad hoc*, a comissão generalizada e sistemática, são elementos que podem se apresentar de forma isolada e, apesar disso, serem passivos de qualificação como crimes contra a humanidade¹⁸.

Os atos criminosos possuem forma generalizada sem que respondam a uma sistemática, ou o inverso, isto é, que os atos criminosos respondam a uma sistemática determinada, mas que não apresentem forma generalizada.

O elemento comissão generalizada nos dá uma ideia de pluralidade de vítimas em grande escala e a existência de um elevado número de pessoas prejudicadas por esses atos¹⁹.

O Tribunal Internacional para o Ruanda definiu o caráter generalizado de um ataque em distintas sentenças, como, por exemplo, os casos Musema, Akayesu ou Kayishema, entendeu o Tribunal tratar-se de um ataque “[...] *massif, fréquent, une*

¹⁸ Neste sentido: Case The Prosecutor v. Dusko Tadic, ICTY-94-1-T, op. cit., par. 646-647

¹⁹ Cf. El párrafo 4º Del comentario AL artículo 18 del Proyecto de Código elaborado em 1996 por la C.D.I. en forme de la CDI. Sobre la labor realizada em su 48º período de sesiones 6 de mayo a 26 de Julio d 1996.

*action de grande envergure, perpétré collectivement, avec gravité considérable et dirigé contre une multiplicité de victimes*²⁰.

Não há necessidade de se determinar o número de vítimas para que possamos afirmar que nos encontramos na presença de uma comissão generalizada. Como foi indicado pelo Tribunal para a ex-Iugoslávia nas sentenças dos casos Blaskic e Jelusic, “[...] [l]e critère quantitatif n’est PA, em effet, pás objectivement définissable: ni les textes internationaux ni la jurisprudence, qu’elle soit internationale ou internes ne fournissent de seuil à partir duquel le crime contre l’humanité est réalisé”²¹. Entretanto, a mesma referência no que se refere à população civil como sujeito passivo dos crimes contra a humanidade foi considerada como indício de caráter geral e salvo exceções as que mais adiante vamos nos ocupar, devem ser numerosas as vítimas do crime em epígrafe. Assim foi o que se decidiu em distintas sentenças, como a de Tadic, Blaskic e Kipreskic e outras; esta última teve o artigo 5º do ETPII como suporte

in general terms, the very nature of the criminal acts over which the international Tribunal has jurisdiction under Article 5, in view of the fact that they must be “direct against any civilian population” ensures that what is to be alleged will not be one particular act but, instead, a course of conduct²².

A sentença que condenou Blaskic teve como suporte a comissão generalizada como vemos: “pour l’effet cumule d’une série d’actes inhumains ou par l’effet singulier d’un seul acte de grand ampleur”²³. O elevado número de vítimas, característica própria de uma comissão generalizada, pode produzir de todos os modos, como consequência, por exemplo, o fuzilamento de um determinado número de pessoas, uma a uma, como ocorreu no caso Erdemovic, como consequência da explosão de uma bomba em praça pública cheia de gente, no que produziu um elevado número de mortes.

A sistemática aponta em direção da comissão de condutas, respondendo a um plano ou uma política preconcebida, uma organização e, a impossibilidade que

²⁰ Cf. Case The Prosecutor v. Alfred Musema, ICTR-96-13, Judgment, 16 November 2001, par. 204. No mesmo sentido: Case The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obel Ruzindana, ICTR-95-1 T, Judgment, 1 June 2001, par. 123 e Case The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, ICTR-96-4-T, op. cit., par. 580.

²¹ Cf. Case The Prosecutor v. Tihomir Blaskic, ICTY-95-14, Judgment, 29 July 2009, par 207. Nesta mesma linha ver: case The Prosecutor v. Goran Jelusic, ICTY-95-10, Judgment, 14 December 1999, par. 53.

²² Cf. Case The Prosecutor v. Zoran Kipreskic and another, ICTY-95-16-T, Jugement, 14.02.2000, par. 550.

²³ Cf. Case The Prosecutor v. Tihomir Blaskic, ICTY-95-14, Jugement, 3 March 2000, par. 207.

tais atos aconteçam de maneira casual. Como reza o Código para a C.D.I. em 1996, “lo importante de esse requisito es que excluye el acto cometido al azar y no como parte de um plan o uma política más amplios”²⁴.

A jurisprudência dos Tribunais *ad hoc* assim manifestou em diversas sentenças. Em uma delas, concretamente a de Tihomir Blaskic, que fez referência a quatro elementos que podem manter a existência do elemento sistemático

l’existence d’un but caractère politique, d’un plan en vertu duquel l’attaque est perpétrée ou d’une idéologie au sens du terme, à savoir détruire, persécuter ou affaiblir une communauté; la perpétration d’un acte criminel de très grande ampleur à l’encontre d’un groupe de civis ou la commission répétée et continue d’actes inhumanis ayant un lien entre eux, la préparation ET la mise em oeuvre de moyen publics ou prives importants, qu’ils soient militaires ou autres; l’implication dans la définition ET l’établissement du dessein méthodique d’autorité politiques et/ou militaires de haut niveau”²⁵

Portanto, entendemos que a comissão de um elevado número de crimes contra a população civil ou a comissão repetida e continuada deste, com um propósito de caráter político, em um sentido amplo, utilizado por meios públicos ou privados, e com implicação de autoridades políticas ou militares de alto nível, elementos estes que entendemos tratar-se de atos sistemáticos.

2.1.5 Atos dirigidos contra a população civil

A população civil como sujeito dos atos ilícitos qualificados de crimes contra a humanidade, foi um dos elementos que permitiu dar forma própria a figura do crime contra humanidade no marco do estatuto de Nuremberg. A convicção de que determinados atos ilícitos poderiam ser cometidos sobre os próprios nacionais do estado culpável, teve como resultado a formação normativa de uma figura que tem por sujeito passivo a população civil de um Estado com independência de existência ou não de terminados vínculos entre o Estado agressor e a parte da população atingida.

A importância desse requisito, como elemento de humanização do Direito Internacional foi confusa pelas interpretações que o mesmo fizeram nas tentativas

²⁴ Cfr. El párrafo 3º Del comentário AL rticulo 18 del Proyecto del Código elaborado en 1996 por la CDI. en Informe de la CDI. Sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones, 6 de mayo a 26 de julio de 1996.

²⁵ Cf. Case The Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic, ICTY-96-23 y 96-23/1 Judgement, 22 February, par. 429.

de definir crimes contra a humanidade. Nesse sentido os textos como o Estatuto do Tribunal Penal para o Ruanda estabelece a necessidade de um elemento de discriminação em que se qualifiquem de crimes contra humanidade aos fatos ilícitos, assim, esses devem ser cometidos com base em razões de nacionalidade, ou por razões políticas, étnicas, raciais ou religiosos.

Por essas razões expostas, entendemos que as vítimas dos crimes contra a humanidade, é sempre a população civil.

Para tal se faz necessário esclarecer o entendimento de população civil. Para Pereira (2009, p. 755) os civis são “[...] amiúde deliberadamente tomados como alvo pelos beligerantes ou são ‘vítimas colaterais’” nos conflitos, ganham destaque com a adoção pela Conferência Diplomática destinada a Elaborar as Convenções Internacionais para a Proteção das Vítimas da Guerra que ocorreu em Genebra em 1949 que adota a IV Convenção de Genebra relativa à Proteção das Pessoas Civis em tempo de guerra, que prevê expressamente no art 4º que serão protegidas as pessoas que se encontrem em caso de conflito ou ocupação em poder de um Estado em conflito ou de uma Potência ocupante de que não são súditos. Contudo, essa norma suscitava problemas de interpretação, levando assim o Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra²⁶ a estabelecer um conceito mais simples e que não gerasse discussões.

Nesta sorte, o art. 50 do citado Protocolo determina que a população civil compreende todas as pessoas civis, sendo civil todas as pessoas que não pertençam a uma das categorias mencionadas pelo art. 4º-A, alíneas 1), 2), 3) e 6) da III Convenção de Genebra relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra e pelo art. 43º do Protocolo I às Convenções, logo são civis aqueles que não são combatentes²⁷, ou seja, são aquelas pessoas que não fazem parte das forças

²⁶ Cf. Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949 relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados, adotada em 8 de junho de 1977 pela Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário aplicável aos conflitos Armados.

²⁷ A noção de combatente aceita atualmente deriva do art. 43, nº 2 do Protocolo I para o qual resulta da qualidade de combatente o direito de participar diretamente nas hostilidades, sendo que não decorre desta participação a imputação de fatos ilícitos derivados das condutas adotada, sendo os combatentes responsabilizados apenas quando cometerem crimes de guerra. O art. 44, nº 1 também do Protocolo prevê que o combatente beneficia do estatuto de prisioneiro de guerra, sendo portanto julgado nos termos do art. 99 da III Convenção de Genebra. Antes da noção apresentada pelo Protocolo Adicional, o combatente estava relacionado às pessoas pertencentes as formações armadas (membros das forças armadas, milícias, outros corpos de voluntários, membros de movimentos de resistência, membro de forças armadas regulares que obedecem a um Governo, população de um território não ocupado que à aproximação do inimigo pegue espontaneamente em

armadas, nesse sentido afirma Roberts (2009, p. 14) “[...] são os que não são membros de grupos armados e Estados não partes”. Também comporá o grupo da população civil os jornalistas em missão perigosa conforme afirma o art. 79 do Protocolo I.

2.2 Associação entre crimes contra a humanidade e as violações dos direitos humanos

As expressões crimes contra a humanidade e atos desumanos se manifestam como uma constante nas distintas definições de crimes contra a humanidade, embora a expressão “outros atos desumanos” varie nos distintos textos. Enquanto que no Estatutos dos Tribunais Militares de Nuremberg e Tóquio, ou no Projeto do Código de Crimes de 1954 emprega-se como ponto de partida a ideia de atos desumanos tendo como exemplos determinados, os Estatutos dos Tribunais para a ex-Iugoslávia e Ruanda, o Projeto de Código de 1996 e o Estatuto do TPI utiliza técnica inversa, ao estabelecer como crimes contra humanidade uma serie de ilícitos de carácter quantitativo. Ao lado da técnica utilizada o resultado obtido é o mesmo: a noção central na expressão crime contra a humanidade é a ideia de um ato desumano; uma noção vaga por definição, que necessita ser interpretada com base em determinados critérios. A necessidade de se interpretar a letra “k”, do artigo 18 do projeto do Código de 1996, como do artigo 7º do Estatuto de Roma.

No mesmo capítulo os artigos, trazem a expressão: “outros atos desumanos”, ao apontar o critério gravidade como requisito para uma possível tipificação de um ilícito como crime contra a humanidade. Especialmente, o artigo 7º do Estatuto, reafirma a exigência que intencionalmente causem grandes sofrimentos a integridade física ou mental das pessoas.

Assim, se consolida o rechaço de qualquer violação dos direitos humanos possa ser tipificado como crime contra a humanidade.

A expressão “atos desumanos” é utilizada como tipo aberto, frente a uma série de ilícitos, se expressamente tipificadas como crimes contra a humanidade; o

armas cf. art. 4º, A da III Convenção de Genebra de 1949). Hoje aceita-se na classificação de combatente os guerrilheiros e as crianças que participam nos conflitos, sendo excluído desta noção os espíões, mercenários e sabotadores. Mas sobre combatentes ver IPSEN, Knut. *Combatants and Non-combatants* in FLECK, Dieter (ed.) **The handbook of International Humanitarian Law**, 2nd edition, Oxford: Oxford University Press, 2009; BROUGH, Michael W., *Combatant, Noncombatant, Criminal: the importance of distinctions*, **Ethical Perspectives** 11, Marcs, 2004, p. 176 – 188.

artigo 7º do Estatuto da Corte aponta como ilícitos os atos que podem constituir crimes contra a humanidade que são: a escravidão, o assassinato, o extermínio, a deportação, o encarceramento arbitrário, a tortura, o estupro, as perseguições de determinados grupos, e desaparecimento forçado de pessoas e o crime de apartheid.

Nesse sentido o aspecto mais recente do artigo 7º do estatuto do TPI se encontra em consolidação de crimes contra a humanidade de uma série de ilícitos cuja incriminação é relativamente recente como são o da prisão arbitrária e o estupro²⁸, assim como a figura dos desaparecimentos forçados que aparece criminalizada com anterioridade no Estatuto do TPI somente no projeto do Código de 1996.

O elenco dos ilícitos tipificados responde a uma categoria de direitos humanos regulados no âmbito dos distintos ordenamentos internos, que sem considerar que todos eles constituem o denominado núcleo duro²⁹ dos direitos humanos, na terminologia internacionalista³⁰, se constituem direitos essenciais da pessoa regulados como tais na maioria dos sistemas jurídicos.

A tipificação das violações desses direitos como crimes contra a humanidade aparece unida a uma série de requisitos que tiveram sua gestão em Nuremberg, sua confirmação na jurisprudência dos Tribunais *ad hoc* criados pelo Conselho de Segurança, e sua consolidação no estatuto da TPI: devem ser atos dirigidos contra a população civil a um ataque do qual o autor ilícito tenha conhecimento.

2.3 Imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade

O art. 29 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional diz que “os crimes sob jurisdição do Tribunal não prescrevem” (MAIA, 2001, p. 164). A imprescritibilidade também está prevista no Preâmbulo do Estatuto ao qual se transcreve: crimes de maior gravidade, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, não devem ficar impunes [sendo que a sua] repressão deve ser

²⁸ As figuras do encarceramento e a violação sexual que estão presentes no art 5º do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia e art. 3º do Tribunal Penal para o Ruanda só encontram precedentes na Lei do Conselho do Controle nº 10 (art. II par. C).

²⁹ Um estudo detalhado do que se denomina de “núcleo duro” dos direitos humanos pode se ver em CARRILLO SALCEDO (1996, p.105-111); ALCAIDE FERNANDEZ (1990).

³⁰ El Tribunal Internacional para antigua Yugoslavia há tenido la oportunidad de analizar el crimen contra la humanidad em relación a determinados asuntos sometidos a su competencia, entre ellos especialmente destaca el caso Nikolic (assunto IT-94-2f61).

efetivamente assegurada através da adoção de medidas em nível nacional e do reforço da cooperação internacional.

A noção de prescrição compreende duas realidades: em primeiro lugar, a prescrição da ação promovida pelo ente estatal. Em segundo lugar, a prescrição das penas, o passar de certo lapso de tempo constitui um obstáculo à execução de uma condenação penal.

A primeira noção de prescrição, existe na maioria dos ordenamentos jurídicos para os crimes pouco graves, enquanto que para os crimes graves, alguns sistemas como o da *common law* não preveem um prazo de prescrição, ou seja, o agente poderá ser condenado a todo o tempo. Nos países de base romano-germânica a prescrição para crimes graves encontra-se tipificada, porém com prazos largos.

Vários são os diplomas na ordem internacional que preveem imprescritibilidade, conforme será estudado no item seguinte.

2.3.1 Da imprescritibilidade do direito internacional

As resoluções nº 3 (I) e 170 (II) da Assembleia das Nações Unidas, datadas de 13 de fevereiro de 1946 e 31 de outubro de 1947, sobre a extradição e o castigo dos criminosos de guerra, e a resolução nº 95 (I), de 11 de dezembro de 1946, que confirma os princípios de Direito Internacional reconhecidos pelo Estatuto do Tribunal Internacional de Nuremberg e pelo julgamento desse tribunal, bem como as resoluções nº 2184 (XXI) de 12 de dezembro de 1966 e 2202 (XXI) de 16 de dezembro de 1966, nas quais a Assembleia Geral condenou expressamente como crime contra a humanidade, por um lado, a violação dos direitos econômicos e políticos das populações autóctones e, por lado, a política do apartheid, definindo a imprescritibilidade dos Crimes ali apresentados.

Outro exemplo são as resoluções nº 1074D (XXXIX) e 1158 (XLI) do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas, datadas de 28 de julho de 1965 e 5 de agosto de 1966, sobre o castigo dos criminosos de guerra e dos indivíduos culpados de crimes contra a humanidade³¹.

³¹ Constatando que em nenhuma das considerações solenes, atas e convenções que visam à perseguição e repressão dos crimes e dos crimes contra a humanidade se previu a limitação no tempo; Considerando que os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade se incluem entre os crimes de direito internacional mais graves; Convencidos de que a repressão efetiva dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade é um elemento importante da prevenção desses crimes da

A imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade foi afirmada pela Convenção das Nações Unidas sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos crimes de Lesa-Humanidade, através da Resolução nº 391 (XXIII), de 26 de novembro de 1968.

Essa Convenção visa tanto a prescrição da ação pública como a prescrição das penas. Sendo que os crimes visados são os crimes de guerra, incluindo expressamente as infrações graves às Convenções de Genebra, os crimes contra a humanidade, cometidos em tempo de guerra ou em tempo de paz, incluindo apartheid e o genocídio. Essa Convenção tem um efeito retroativo na medida em que anula qualquer prescrição relativa à outra lei ou a outra norma.

No plano regional, existe igualmente a Convenção do Conselho da Europa, de 25 de janeiro de 1974, sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade. Ela tem por objetivo a imprescritibilidade da ação pública assim como, das penas. No entanto, ela só se refere aos crimes contra a humanidade “previstos na Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio”, de 9 de Dezembro de 1948. Segundo essa Convenção, a imprescritibilidade dos crimes de guerra só se aplica às infrações revestidas de certa gravidade. A Convenção prevê, no entanto a possibilidade, por declaração de um Estado contratante, de estender a sua aplicação a outras infrações do Direito Internacional. A falta de uma ratificação larga dessas Convenções leva à necessidade de saber se

proteção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, que encorajará a confiança, estimulará a cooperação entre os povos e irá favorecer a paz e a segurança internacional; Constatando que a aplicação aos crimes de guerra e aos crimes contra a humanidade das regras de direito interno relativas à prescrição dos crimes comuns inquieta profundamente a opinião pública mundial porque impede que os responsáveis por esses crimes sejam perseguidos e castigados; Reconhecendo que é necessário e oportuno afirmar em direito internacional, por meio da presente Convenção o princípio da imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade e assegurar sua aplicação universal. Acordam no que segue: Artigo 1º - “São imprescritíveis, independentemente da data em que tenham sido cometidos, os seguintes crimes”. 1. Os crimes de guerra, como tal definidos no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, e confirmados pelas resoluções nº 3 (I) e 95 (I) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 13 de fevereiro de 1946 e 11 de dezembro de 1946, nomeadamente as “infrações graves” enumeradas na Convenção de Genebra de 12 de agosto de 1949 para a proteção às vítimas da guerra; 2. Os crimes contra a humanidade, sejam cometidos em tempo de guerra ou em tempo de paz, como tal definidos no estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 8 de agosto de 1945 e confirmados pelas resoluções nº3 (I) e 95 (I) da Assembleia Geral das Nações Unidas de 1 de fevereiro de 1946; a evicção por um ataque armado; a ocupação; os atos desumanos resultantes da política de “apartheid”; e ainda o crime de genocídio, como tal definido na Convenção de 1948 para a prevenção e repressão do crime de genocídio, ainda que este atos não constituem violação do direito interno do país onde foram cometidos. A imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade foi afirmada pela Convenção das Nações Unidas de 26 de Novembro de 1968.

a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade é uma regra consuetudinária do Direito Internacional.

A questão foi debatida durante os trabalhos preparatórios da Convenção de 1968. Várias delegações consideravam a imprescritibilidade desses crimes como uma regra consuetudinária e entendiam que a Convenção seria declarativa de direito; outras delegações opunham-se a essa interpretação. Vários países e autores apresentaram o seguinte argumento para apoiar a existência de uma norma internacional consuetudinária: o Direito Internacional que impõe a repressão destes crimes não menciona a prescrição e esta deve ser invocada. Alguns acrescentaram que a repressão desses crimes deve ser regida, em matéria de prescrição, pela ordem jurídica da qual eles provêm, a saber, o Direito Internacional. No entanto, esses pontos de vista estão ainda longe de constituir uma unanimidade.

As convenções das Nações Unidas sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa-Humanidade (Resolução nº 391 (XIII) de 26 de novembro de 1968) e o Conselho da Europa não tornam a imprescritibilidade diretamente aplicável no Direito dos Estados Partes. Estes devem tomar as medidas legislativas apropriadas na sua ordem jurídica interna. A XXI Conferência Internacional da Cruz Vermelha em Istambul, 1969, pela sua resolução XII, convidou os Governos de todos os Estados a aderirem à Convenção de 1968 sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade. Essa posição tem como fundamento a preocupação da Cruz Vermelha com o desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário para evitar a repetição dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade.

Na Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa-Humanidade, a Assembleia Geral das Nações Unidas declarou imprescritíveis tais crimes. Essa Convenção entrou em vigor em 11 de novembro de 1970, noventa dias após a décima adesão a ela. O artigo IV desta Convenção leciona que: os Estados-Partes se comprometem a adotar em seus respectivos processos constitucionais, as medidas legislativas ou de outra índole que forem necessárias para que a prescrição da ação penal ou da pena, estabelecida por lei ou por outro modo, não se aplique a crimes mencionados nos artigos I e II da presente Convenção e, caso exista, sejam abolidas.

Há um entendimento de que as regras que regem a prescrição no Direito interno não se aplicam aos crimes internacionais. Conforme a Carta do Tribunal de

Nuremberg “et la Resolution de l’ONU NE sont elles-mêmes que formulations textuelles de la coutume internationale. Ces textes sont applicables en droit interne dès la ratification par Le législateur français, en sorte que les crimes contre l’humanité sont imprescriptibles par nature”.

Guilherme Nucci (2006, p. 491) sintetiza que no direito interno a prescrição “[...] é a perda do direito de punir do Estado pelo não exercício em um determinado lapso temporal”, no entanto, em se tratado de crimes contra a humanidade e o contexto histórico em que normalmente ocorrem, a dificuldade existente para a instauração de um processo e a comprovação de sua ocorrência, somos levados a concordar com os diplomas internacionais que preveem a imprescritibilidade de tais crimes, uma vez que a complexidade no processo de investigação, obtenção de prova, captura dos envolvidos, entre outras situações inerentes é muito maior do que nos sistemas internos no qual é a burocracia processual o maior entrave para a condenação dos crimes previstos nas legislações nacionais.

3 TORTURA

A prática da violência tem se tornado rotineira, vários são os momentos ao longo da história humana em que esta encontra caminho aberto, justificando-se em períodos de conflitos armados ou desordem social. A força prevalece à razão com o fundamento na defesa da liberdade ou proteção social. É neste cenário que a prática da tortura se afirma, ora tutelada pelo próprio Direito, ora condenada por este, violando valores não apenas do indivíduo-vítima, mas sim de toda a humanidade.

3.1 Definição

Hodiernamente a definição de tortura encontra-se prevista no panorama internacional desde 1984 com a adoção da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes³²⁻³³, no plano regional, sua definição é modelada a partir de 1985 com a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura³⁴⁻³⁵ e no contexto nacional, a Lei 9.455, de 7 de Abril de 1997 que define o crime de tortura e dá outras providências³⁶.

³² Adotada pela Resolução 39/46, da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10.12.1984 e ratificada pelo Brasil em 28.09.1989.

³³ Para fins da presente Convenção, o termo “tortura” designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castiga-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, com seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.

³⁴ Adotada e aberta à assinatura na XV Período Ordinário de sessões da Assembleia Geral dos Estados Americanos (OEA), em Cartagena das Índias (Colômbia) em 09.12.1985, ratificada pelo Brasil em 20.07.1989.

³⁵ Para os efeitos dessa Convenção, entender-se-á por tortura todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica. Não estarão compreendidas no conceito de tortura as penas ou sofrimentos físicos ou mentais que sejam unicamente consequência de medidas legais ou inerentes a elas, contanto que não incluam a realização de atos ou a aplicação dos métodos a que se refere o artigo.

³⁶ Este diploma será estudado no item 5.4, sendo que para tal constitui crime de tortura constranger alguém que esteja sob sua guarda, poder ou autoridade com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental com o fim de obter informação, declaração ou confissão da

De uma forma em geral, os três diplomas trazem uma definição uníssona de tortura, distinguindo apenas no fato de que a Convenção Interamericana e a Lei nacional são mais amplas quanto a sua abrangência do que a Convenção das Nações Unidas, contudo em seus pontos comuns, pode-se resumir a definição desta figura em três elementos essenciais que são:

- a) elemento material: a inflição deliberada de dor ou sofrimento físicos ou mentais;
- b) elemento teleológico ou finalístico: obter informações ou confissões, aplicação de castigos, intimidação ou coação e qualquer outro ato baseado em discriminação de qualquer natureza
- c) elemento subjetivo: vinculação do agente responsável direta ou indiretamente com o Estado.

3.1.1 Elementos essenciais constantes na definição do crime de tortura

Michel Foucault (2002, p. 87) em 1975 afirmou que é a “[...] sociedade que define, em função de seus interesses próprios, o que deve ser considerado crime”. Na teoria do crime, três são os aspectos ou conceitos estudados, o aspecto material, o formal e o analítico, sendo este último a corrente dominante em nosso ordenamento jurídico e nos demais sistemas penais.

O conceito analítico nas palavras de Fenando Capez (2011, p.143) “é aquele que busca [...] estabelecer os elementos estruturais do crime” sendo a finalidade desta concepção “[...] propiciar a correta e mais justa decisão sobre a infração penal e seu autor, fazendo com que o julgador ou intérprete desenvolva o seu raciocínio em etapas”.

Dentre os vários entendimentos de crime do ponto de vista analítico, a corrente majoritária é aquela que diz ser o crime, ou melhor, seus elementos estruturais, o fato típico, antijurídico e punível, Guilherme Nucci esclarece ser o crime portanto uma

[...] ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade), contrária ao direito (antijuridicidade) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor, desde que existam imputabilidade, consciência potencial de ilicitude e exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito (cf. NUCCI, 2014, p. 174).

vítima ou de terceira pessoa; para provocar ação ou omissão de natureza criminosa; em razão de discriminação racial ou religiosa.

No mesmo sentido, Capez (2011, p. 136) sintetiza ser o fato jurídico o “fato material que se amolda perfeitamente aos elementos constante do modelo previsto na lei penal” se entendendo por fato material “aquele que existe independente de se enquadrar ou não ao modelo descritivo legal”. Por antijuridicidade, compreende-se a ilicitude que “consiste na contrariedade entre o fato e a lei” (cf. CAPEZ, 2011, p. 295) ou seja, é a contrariedade entre o comportamento, o ato, do agente e o ordenamento jurídico. A culpabilidade é a reprovação do autor de um fato punível ou seja, é a censura a quem tenha causado um resultado inaceitável³⁷. Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 521) afirmam que a culpabilidade é o “[...] conceito mais discutido da teoria do delito”, sem entrar nesta querela, Capez (2011, p. 327) relata que quanto à culpabilidade, se esta não estiver presente não poderá haver pena (*nulla poena sine culpa*). Sendo assim a sanção penal é a consequência direta da verificação dos elementos que compõem o conceito de crime. Este raciocínio traduz-se no princípio da legalidade, inscrito no brocardo *nullum crimem nulla poena sine lege*, devendo, portanto, a sanção estar prevista no tipo legal de crime³⁸.

Ocorre que o crime de tortura, conforme verifica-se em sua definição convencional e na Lei 9.455/1997 não preenche os requisitos estabelecidos pela teoria do crime. A definição é composta por termos indeterminados (qualquer ato pelo qual dores ou sofrimento físicos ou mentais sejam infligidos... ou qualquer motivo baseado em discriminação...), que deverão ser analisados no caso em concreto, através de uma gradação de valores, não existindo uma conduta legal definida, taxativa, ou uma lista de condutas exaustiva, típica e ilícita, porém sendo um ato culpável.

Neste sentido, Vital Moreira discorre sobre a definição de tortura constante na Convenção das Nações Unidas e diz

[e]mbora esta definição jurídica tenha em consideração tanto a dimensão psicológica, como física de tortura e de maus tratos, não é exaustiva e não explica detalhadamente todos estes elementos. A definição também exclui sanções legais, isto é, sanções previstas pela lei nacional, o que, em certos casos, pode levantar questões sobre se essas sanções contradizem o espírito e os objetivos gerais da Convenção. De qualquer modo, a definição contribui para o entendimento geral, como referido pela anterior Comissão

³⁷ O Código Penal brasileiro adota uma teoria limitada quanto à culpabilidade sendo seus elementos a imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa (cf. CAPEZ, 2011, p. 331). A doutrina aponta como elementos da culpabilidade a imputabilidade, o dolo e culpa e a exigibilidade de conduta diversa (cf. CAPEZ, 2011, p. 329).

³⁸ Sobre a teoria do crime, o conceito de crime e seus elementos ver CAPEZ, 2011; Zaffaroni e Pierangeli, 2011; Nucci, 2014.

da ONU para os Direitos Humanos, de que “[...] *todas as formas de tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes não podem ser justificados, em nenhuma circunstância*” (cf. MOREIRA et al, 2013, p. 92).

Face ao exposto, verifica-se que a definição de tortura encontra acolhimento no aspecto material de crime, uma vez que este

é aquele que busca estabelecer a essência do conceito, isto é, o porquê de determinado fato ser considerado criminoso e outro não. Sob esse enfoque, crime pode ser definido como todo fato humano que, propositada ou descuidadamente, lesa ou expõe a perigo bens jurídicos considerados fundamentais para a existência da coletividade da paz social (cf. CAPEZ, 2011, p. 134)

Desta forma, inviabiliza-se a análise dos elementos do crime através da teoria tradicional, sendo a mesma feita conforme a interpretação da dogmática hermenêutica³⁹, o elemento material consiste no conteúdo da norma, o que a caracteriza como norma jurídica; o teleológico refere-se à finalidade da mesma, conforme esclarece Ferraz Jr. (2003, p. 294) “[...] designa os propósitos da lei e da norma geral [...] refere-se [...] a todas as considerações em tese admissíveis que ficam, assim, controladas”; e por fim o elemento subjetivo que traduz-se na intenção ou conduta do autor do fato. Serão esses os elementos que passaremos a analisar⁴⁰.

3.1.1.1 Elemento material

Os textos jurídicos internacionais e nacionais que tratam da tortura não apresentam uma definição precisa e uma lista exaustiva do que seja este ato em si mesmo, tampouco do que se possa entender por tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

A doutrina aponta que analisando o art. 16 da Convenção contra a Tortura das Nações Unidas, com base em uma interpretação literal apreende-se que o critério que distingue as figuras em questão é a gravidade, ao afirmar o preceito

³⁹ “[É] a ciência do direito encarada na perspectiva da teoria da interpretação” (cf. FERRAZ JR. 2003, p. 17).

⁴⁰ Helena Vila Nova (2013), em seu trabalho de conclusão de pós-graduação apresentado a Faculdade Internacional Signorelli, também analisa os elementos do crime de tortura em material, teleológica e subjetiva.

legal que cabe aos Estados proibir *qualquer outro ato* que constitua penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes e *que não sejam atos de tortura*.

A gravidade, conforme o Novo Dicionário da Língua Portuguesa (2010, p. 976), é um substantivo feminino e que significa a “a qualidade daquele ou daquilo que é grave [...] ponderação, intensidade [...] circunstância perigosa, agravação perigosa de uma doença [...]”, ao declarar ser a gravidade algo que é grave e intenso não temos uma definição determinada, pelo contrário, estamos mais uma vez perante um conceito indeterminado. Em decorrência disso, o critério da gravidade é passível de crítica por parte da doutrina pois que é arbitrário. Neste sentido, Maqueda Abreu expressa que

bajo la apariencia de venir a cubrir el espacio representado por formas menos graves de violencia que la tortura y gracias a la imprecisión de su concepto, basado em um criterio de valoración tan arbitrario como la gravedad, ha terminado por hacer inservible o, em su caso, de validez excepcional, aquella noción básica (cf. MAQUEDA ABREU, 1986, p. 429).

Em uma tentativa de clarificação, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, no Comentário nº 20 ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, mais precisamente ao art. 7º do referido diploma, que proíbe a prática de tortura, pena ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes afirma que o objetivo da norma é “[...] proteger tanto a dignidade quanto a integridade física e mental do indivíduo [...] [sendo que] [a] proibição que consta do artigo 7º é complementada pelos requisitos positivos do art. 10º, número 1 do Pacto” (CDH, 1992/2009, p.36 par. 2) ou seja, aplica-se também essa proibição ao tratamento dispensado às pessoas privadas de sua liberdade.

Afirma o Comitê que o Pacto

[...] não contém nenhuma definição dos conceitos incluídos no art. 7º [não sendo considerado pelo respectivo órgão] necessário escrever uma lista de actos proibidos ou estabelecer distinções claras entre os vários tipos de punição ou tratamento; a distinção depende da natureza, objectivo e gravidade do tratamento aplicado (cf. CDH, 1992/2009, p. 36 par. 4).

Ou seja, para o referido órgão a definição bem como a distinção entre os termos não é imprescindível, uma vez que relevante é o amparo legal, a proteção que se visa estabelecer.

Nathalia Ochoa Ruiz (2004, p. 538) em seus estudos especifica que quanto aos tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes os Estados-partes das

Convenções internacionais não necessitam intentar ações penais previstas no direito criminal, conforme dispõe os art. 4º a 9º da Convenção, mas apenas, além da proibição de tais atos, aplicar medidas preventivas reguladas nos arts. 10 e 11, tendo por garantias processuais as previstas nos arts. 12 e 13. As disposições criminais devem ser aplicadas para os casos de comprovação da prática de tortura.

A Comissão Europeia (1969, p. 186) no *caso grego* (1967-1969) e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos no acórdão *Irlanda versus Reino Unido*⁴¹ tentam delimitar o conceito dos termos. A Comissão alega que nem toda ação de maltratar poderá justificar a aplicação do art. 3º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Já no acórdão do TEDH estabelece a necessidade de um mínimo de gravidade e estabelece níveis hierárquicos entre as violações, sendo o nível superior de violência aplicado o termo de tortura, o intermediário corresponde aos tratamentos desumanos e pro fim, o nível inferior as penas degradantes.

Irineu Barreto (2010, p. 72) explique que para o TEDH a gravidade dos atos, bem como o nível de intensidade dos sofrimentos devem ter por base a duração dos efeitos físicos ou mentais, a idade, o sexo e o estado de saúde da vítima.

3.1.1.2 Elemento teleológico

O elemento teleológico da norma de tortura consiste na proibição ao que em realidade o ato em si visa, ou seja, obter informações ou confissões, aplicação de castigos, intimidação ou qualquer outro ato baseado em discriminação de qualquer natureza.

É preciso salientar que as finalidades da tortura não são taxativas, ou seja, estamos perante uma cláusula aberta, na qual outros fins não previstos expressamente também serão subsumidas a essa norma. Essa cláusula aberta pode se comprovar na expressão *qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza* conforme o art. 1º da Convenção contra a Tortura das Nações Unidas.

Por sua vez, a Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura possui uma lista mais alargada de motivos para os atos de tortura, como medidas que tenham como objetivo a confissão de situações em decorrência de investigação

⁴¹ Cf. *Affaire Irlande v. Royaume – Uni* Arret du (18/01/1978). Série A, nº 25, párg. 165.

criminal, como medida preventiva, métodos tendentes a anular a personalidade da vítima e também apresenta uma cláusula aberta: *como pena ou qualquer outro fim*.

A Lei nacional possui o mesmo sentido da Convenção contra Tortura, porém não possui uma cláusula aberta como os demais diplomas, uma vez que ao prever a discriminação delimita a discriminação racial ou religiosa.

Já a finalidade na Declaração sobre a proteção de todas as pessoas contra a tortura ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes de 1975⁴² refere-se a pretensão de obter da vítima ou de terceira pessoa informação ou confissão, de castigá-la ou intimidá-la.

3.1.1.3 Elemento subjetivo

Estamos perante o sujeito ativo, aquele que participa direta ou indiretamente de condutas que configurem a tortura e demais maus-tratos. A Convenção contra a Tortura das Nações Unidas, a Declaração contra Tortura de 1975 e a Convenção Interamericana para prevenir e punir a Tortura qualifica o sujeito ativo, prevendo que o ato só será considerado quando praticado por ou com ordem de um agente/funcionário público ou seja, pessoas que atuam na representação de um órgão do Estado, por instigação ou conhecimento desse. A Convenção das Nações Unidas conforme a jurisprudência⁴³ abrange também os grupos paramilitares que não atuando diretamente em representação do Estado, atuam muitas vezes com a tolerância deste.

Na senda deste entendimento, os atos perpetrados por indivíduos a título privado, exceto quando existir consentimento estatal, estão fora do âmbito desses diplomas. Fábio Konder Comparato (2010, p. 2) afirma que “definição convencional abrange não apenas os executantes, mas também os mandantes e mesmo os simples instigadores, atuando oficialmente como agentes públicos, ou fazendo-se passar por tais”.

A Lei 9.455/1997 inova neste quesito, pois prevê que o crime pode ser praticado tanto por pessoas privadas quanto por agentes estatais. Conforme disposição legal o crime cometido por agente público terá a pena aumentada de um

⁴² Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 9 de Dezembro de 1975 pela Resolução nº 3452 (XXX).

⁴³ Acórdão do TEDH Ahmed v. Áustria, de 16 de novembro de 1996 (demanda 71/1995/577/663).

sexto até um terço. Sobre este posicionamento da norma Flávia Piovesan (2006, p. 196) advoga que essa previsão vai além do que pretendiam as Convenções internacionais para as quais a qualidade de agente público é *conditio sine qua non* para a configuração do crime. Diz a referida autora que se um indivíduo mesmo na qualidade de agente praticar qualquer conduta que se configure como tortura ou tratos cruéis mas não prosseguir uma das finalidades prevista nas legislações não estaremos perante os crimes em questão, sendo a conduta enquadrada nos dispositivos penais nacionais.

3.1.2 Conceito de tortura física, psíquica e moral

A compreensão exata do crime de tortura depende do que se entende por tortura física, psíquica e moral, sendo que, inobstante o senso comum formar uma noção genérica sobre o que é tortura, é imprescindível que tomemos por base um conceito científico do tema.

Desta forma, Maria Helena Diniz nos diz que tortura é o

[...] suplício do condenado através do sofrimento físico e moral infligido ao acusado para obter confissão ou alguma informação, ou seja, ato criminoso de submeter à vítima a um grande e angustioso sofrimento provocado por maus tratos físicos e morais (cf. DINIZ, 1998, p. 956).

A tortura física causa na vítima um sofrimento excessivo e dor aguda, se configurando em práticas de mutilações, lesões e desfigurações permanentes. Sobre os métodos mais utilizados Vital Moreira (2013, p. 93) lista o “[...] chicote, objetos metálicos, pedras, cabos e bastões ou pontapear e empurrar a vítima contra uma parede”⁴⁴.

A tortura psicológica também é definida pelo autor supra citado como aplicação de técnicas de privação e exaustão como

a privação de comida, água, sono e de instalações sanitárias, técnicas de privação de comunicação como o confinamento solitário, cortar contatos com os outros detidos ou com o mundo exterior, técnicas de coerção e intimidação, como a presença forçada durante a tortura de outras pessoas,

⁴⁴ “O método “*falaka*” ou “*phalange*” (bater violentamente nas solas dos pés das vítimas) é tão usado como o método dos choques elétricos, sufocação, atar e queimar com cigarros, afogamento simulado, ou expor a vítima a temperaturas extremamente baixas ou altas” Cf. MOREIRA, 2013, p. 93.

ameaça de execução ou execução simulada, humilhação e amedrontamento contínuos, etc. (cf. MOREIRA, 2013, p. 93)

De Plácido e Silva (apud BEZERRA, 2001, p. 26) sobre a tortura física e psicológica diz ser esta o [...] sofrimento ou a dor provocada por maus tratos físicos ou morais. É o ato desumano, que atenta à dignidade humana. É o sofrimento profundo, angústia, dor [...] um sofrimento desnecessário. É tornar mais angustiante o sofrimento”.

A tortura moral é aquela que visa anular a personalidade da vítima diante da comunidade da qual ela faz parte. Um exemplo de tortura moral é a violência sexual que também pode ser caracterizada como um método de incapacitação física e psicológica das vítimas, essa prática foi amplamente utilizada no conflito no Ruanda em 1994.

Face o exposto, determinar a intensidade do sofrimento abre caminhos à discricionariedade do julgador, pois dependerá de critérios subjetivos, uma vez que a legislação em vigor não contém uma lista taxativa de atos físicos e psíquicos que possam ser considerados como requisitos ao crime de tortura. Essa constatação colide com a doutrina penal que não admite expressões ambíguas, equivocadas e vagas que podem levar a uma diferenciação de entendimentos (cf. LUISI, 2003, p. 18; PRADO, 2013, p. 81).

A Anistia Internacional (2000, p. 10) tem apontado que em decorrência da abrangência do conceito do crime de tortura o número de casos tem sido crescente, abrangendo uma média de cento e cinquenta países.

Alguns Estados adotam a chamada *Tortura Legal*⁴⁵ que consiste na normatização da pena judicial corporal, sendo portanto entendida a prática de tortura

⁴⁵ Não é absoluto a defesa a uma proibição irrestrita à prática da tortura, são favoráveis a uma exceção em determinadas circunstâncias Moura (2013); Grego; Schünemann (2009) e Brugger (1996; 2000). Para estes autores, existem “situações de escolha trágica” e hipóteses de “tortura de salvação”, sendo uma realidade a discussão ao redor de uma admissibilidade ou legitimidade da tortura (cf. GREGO; SCHÜNEMANN, 2009, p. 7). Trata-se de situações de extrema necessidade muitas vezes relacionadas ao contexto do terrorismo mais não só, em que a “tortura se revela como o único meio idôneo para obter uma informação capaz de eliminar um iminente e grave perigo contra a vida ou a integridade física de um ou de vários inocentes” (cf. MOURA, 2013, p. 231-232). Três são as justificativas apresentadas por esses autores: 1ª) conflito de dignidade contra dignidade, que traduz-se na circunstância de que o Estado está constitucionalmente obrigado a não violar a dignidade humana do autor do ato de tortura mas também a proteger a dignidade humana das vítimas (BRUGGER, 2000, p. 169-171; MOURA, 2013, p. 243). “Manter a proibição da tortura como algo absoluto seria garantir a dignidade do autor à custa da dignidade da vítima. Para se saber se este custo resulta tolerável, a ponderação de considerar a origem ou causa do contexto de necessidade de salvação. E o quadro valorativo global seria inequívoco: o direito encontra-se em uma situação em que o ‘ilícito’ e o ‘lícito’ estão claramente separados entre o autor e vítima [...] A

nesses locais como sanções legais tanto no nível nacional quanto internacional, contudo são normas que chocam com o direito internacional e a com classificação da tortura como crime contra a humanidade e a implicação daí decorrente. A tortura legal é vista nos países que adotam a Sharia (Lei Islâmica) no qual é lícito a aplicação de pena de mutilação e decepamento de mão. A castração química de condenados por violência sexual, tema bastante discutido nos países ocidentais, também enquadra-se nesta categoria das sanções legais (cf. ANISTIA INTERNACIONAL, 2000, p. 10)⁴⁶.

Nesse sentido, o Comitê dos Direitos Humanos na Observação Geral nº 20 em 1992 “[...] declarou que a proibição da tortura e de maus-tratos sob a Convenção Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, deve estender-se à pena corporal”. No comentário à Resolução nº 2000/43 da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas afirmou que a “[...] pena corporal, incluindo a aplicada em crianças, pode significar pena cruel, desumana ou degradante ou até a tortura” (cf. ANISTIA INTERNACIONAL, 2000, p. 36)⁴⁷.

Os métodos de tortura são portanto uma “[...] afronta à dignidade humana e uma violação dos seus direitos humanos. Um mundo sem tortura significa um mundo sem imposição deliberada de dor e a utilização desses métodos cruéis por uma pessoa contra outra” (cf. MOREIRA, 2013, p. 93).

conservação do caráter absoluto da proibição de tortura significaria premiar a frieza e o refinamento do criminoso” (MOURA, 2013, p. 243); 2º) ponderação face a dimensão do mal que ameaça suceder, procurando fazer uma “repercussão do dano esperado [...] quanto maior o número de vidas ameaçadas, mais evidente será este balanço” (MOURA, 2013, p. 244); 3º) “contradição entre a proibição da tortura salvadora e a permissão do disparo final de salvamento em situações de iminente perigo de morte ou grave ofensa à integridade física. Para salvar a vida de um refém admite-se o maior (tiro fatal), mas não o menor (tortura não letal). Um tratamento jurídico diferenciado que seria manifestamente injusto em face da semelhança ou analogia entre as situações” (BRUGGER, 1996, p. 75-78; BRUGGER, 2000, p. 168-169; MOURA, 2013, p. 244).

⁴⁶ Fábio Konder Comparato (2010, p. 2) adverte que “[o] Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966, assimilou à tortura a submissão de alguém, sem o seu consentimento, a experimentações médico-científicas [...] de alto poder ofensivo, levadas a efeito em alguns Estados democráticos, sem que os pacientes ou a população soubessem do que se tratava”.

⁴⁷ Este também é o entendimento do TEDH no caso Z e outros c. Reino Unido, de 10 de maio de 2001 (29392/95) sobre o art. 3º da Convenção Europeia de Direitos Humanos decidiu que os castigos corporais nas escolas e no âmbito familiar estão abrangidos pelo presente diploma. É nesse sentido que foi aprovada em 2014 na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 7672/2010 conhecida como Lei da Palmada e rebatizada de Lei Menino Bernardo.

3.1.3 Tipicidade objetiva e subjetiva

A conduta desvalorada consiste no fato de o agente, infligir a determinado indivíduo, de forma aguda, dores ou sofrimentos físicos e mentais, visando a um dos fins mencionados na norma definida no art. 1º da Convenção contra a Tortura.

O núcleo do tipo está representado pelo verbo infligir, que, no caso denota o sentido de aplicar à vítima atos agressivos ou direcionar aparatos que causem acentuadas dores ou sofrimentos físicos ou mentais.

É oportuno observa-se que a Convenção de 1984 utilizou as expressões *dores ou sofrimentos* e, como a norma não pode conter termos inúteis, deve-se entender o vocábulo dor como expressão denotativa da manifestação produzida pelas terminações nervosas que captam tal sensação desagradável do corpo humano, cuja, sensação sofre variações de intensidade, conforme a natureza do instrumento desencadeador de tal fenômeno, como espancamentos, choques elétricos etc. O sofrimento por sua vez, embora possa, igualmente, manifestar-se por uma dor física, comumente, expressa a angústia, a amargura, o padecimento psíquico vivenciado pelo ser humano.

Verifica-se, dessa feita, que o delito de tortura foi enfocado pelo texto internacional como crime de resultado ou material, pela exigência de que a conduta delitiva cause na vítima dor ou sofrimentos graves, físicos ou mentais.

Impõe-se a observação, contudo, de que a redação do texto normativo é imperfeita, já que não se primou pela boa técnica em sua elaboração. Com efeito, tentou-se definir a tortura, partindo dos seus efeitos e dos fins praticados, olvidando-se de expor em que consiste, de fato, a ação de torturar.

Por outro lado, não é fácil medir-se o grau de sofrimento da vítima, para que possa aferir-se, no caso, se a gravidade do sofrimento físico ou psíquico é suficiente, para que o ato encontre tipicidade na norma incriminadora. Do mesmo modo, a determinação da intensidade do sofrimento, nos moldes da definição contida nos textos em epígrafe, passa a ser feita por critérios subjetivos.

Saliente-se que vem sendo utilizado o critério quantitativo da intensidade do sofrimento, com o intuito de moldar-se ou não o fato delituoso ao tipo de injusto enfocado, uma vez que a ação perpetrada pelo agente pode representar um trato desumano ou degradante, mas não com a gravidade suficiente, para ser considerada tortura.

Embora os textos internacionais não definam o que sejam tratos desumanos e degradantes, a Declaração sobre a proteção de todas as pessoas contra a tortura e outros tratos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes de 1975, dispõe, no seu art. 1º, parágrafo 2º, que *a tortura constitui uma forma agravada e deliberada de trato ou pena cruel, desumano ou degradante*, sendo que tal interpretação deflui, também do disposto no art. 16 da Convenção de 1984.

Desse modo, em face do teor da norma contida no referido art. 16, bem como de decisões proferidas pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, parte da doutrina passou a estabelecer que a única diferença que distingue a tortura dos demais tratos desumanos ou degradantes se centra na gravidade do sofrimento imposto à vítima, de forma que o critério distintivo deve ser quantitativo.

No entanto, embora a gravidade do sofrimento constitua a diferença que mais se acentua entre tais institutos, evidentemente não é tal critério o único que deve ser utilizado. Aliás, critica-se com acerto, tal critério distintivo, não só pelo avanço de novas técnicas de tortura, mas também pelo fato de que há dificuldade em se estabelecer na prática, conforme já foi ofendido. De outra feita, por ocasião do julgamento proferido pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, referente à conduta de membros do exército britânico e da Royal Ulster Constabulary nos interrogatórios de militantes do IRA, o juiz Mather consignou, em seu voto, o seguinte critério que distingue a tortura dos demais tratos desumanos ou degradantes: *“o critério diferenciador do conceito de tortura é o da aplicação sistemática, calculada (portanto premeditada) e prolongada de um trato que produza sofrimentos físicos e psíquicos de determinada intensidade... a tortura não é em absoluto, um grau mais elevado do trato desumano.”*(apud RODRIGUES MESA, 2000, p. 80)⁴⁸

⁴⁸ O referido caso foi levado ao conhecimento do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos pelo governo da Irlanda, onde se contestaram as cinco técnicas utilizadas pelo governo do Reino Unido no interrogatório de militantes do Irã. Consistiram elas no seguinte: a) colocação de pé contra a parede. Tal técnica consistia na obrigação dos detidos em permanecerem, em pé, durante algumas horas, numa parede, com braços e pernas separados e com estas longe da parede, de forma que o peso dos seus corpos ficavam praticamente apoiados sobre os dedos das mãos; b) encapuzar: esta técnica implicava no encapuzamento dos detidos com um saco preto ou azul marinho. O aludido encapuzamento foi usado de forma contínua no início do encarceramento; c) ruídos antes do interrogatório, os detidos eram conduzidos a um local onde se produzia um forte ruído; d) privação de sono: não se permitia que os detidos dormissem antes do interrogatório; e) privação de alimento sólido e líquido: os detidos, principalmente, antes dos interrogatórios recebiam uma alimentação escassa”. Cf RODRIGUES MESA, 2000, p. 80.

É salutar que se adote, por conseguinte a lição de que, sob o enfoque quantitativo, o sofrimento advindo de trato desumano ou degradante é inferior à tortura e, diante do enfoque qualitativo, deve ser utilizado um critério negativo, para diferenciar tais institutos, de forma que “seria constitutivo de trato desumano ou degradante o que se inflija sem alguma das finalidades próprias da tortura” (cf. RODRIGUES MESA, 2000, p. 52).

Nesse diapasão, podemos afirmar que, sob o ponto de vista quantitativo, os três institutos apontados apesar de autônomos, são inter-relacionados ou até mesmo hierarquizados, levando-se em consideração a intensidade do sofrimento. Assim sendo, o trato degradante situa-se num nível inferior; os tratos desumanos, num nível médio; e a tortura, no patamar mais alto (cf. CUESTA ARZAMENDI, 1990, p. 52).

Quanto aos tratos desumanos, levando-se em consideração a sentença proferida pelo Tribunal Europeu no caso Irlanda x Reino Unido, já mencionado, pode-se conceituá-lo como atos que provocam, na vítima, sofrimentos físicos e morais e que lhe agregam, outrossim, acentuadas perturbações psíquicas, quando não alcancem as notas de crueldade e gravidade extrema que caracterizam a tortura (BARQUIN SANZ, 1992, p. 86).

4 O PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO CRIME DE TORTURA

4.1 Breves relatos históricos

Considerada uma prática imoral e ilícita, a tortura não está relacionada apenas a atos ocorridos na Idade Média, persistindo portanto nos ditos regimes democráticos. A história do Direito Penal destaca que desde a origem dos tempos existem e foram usadas várias práticas de tortura com finalidades diversas, sendo os métodos quase sempre os mesmos. Foi o próprio sistema penal quem regulou a tortura em vários momentos históricos.

Neste sentido, do ponto de vista processual-histórico podemos dizer que na maioria dos casos a tortura era um instrumento cuja finalidade era a de adquirir a confissão de determinado delito imputado àquela pessoa. Todavia, outros motivos também estão subjacentes à sua prática como agravar o sofrimento do condenado. Afirma Valdir Sznick (1998, p. 20) que a prática de tortura foi utilizada como pena e como prova, mas também uma forma de satisfazer os instintos mais baixos do ser humano, concluindo que o sadismo supera a saciedade do poder.

Na Antiguidade a sua prática estava ligada às relações totêmicas, pois que acreditava-se que o totem possuía poderes mágicos. Assim a tortura tinha como fundamento a punição coletiva que visava aplacar a ira das divindades, servindo também como ritual de iniciação à vida adulta, religiosa ou meramente em razão de vingança. No Egito, tal prática pode ser verificada nos estudos de João Bernardino Gonzaga (1993, p. 32) que sobre um caso de profanação de túmulos disserta “se procedeu às correspondentes averiguações, enquanto os suspeitos eram golpeados com bastões nos pés e nas mãos”.

Na Babilônia com o Código de Hamurabi que tinha como base a Lei de Talião e a sua máxima “olho por olho, dente por dente” os atos de tortura, são permitidos na medida de correspondam à infração cometida⁴⁹.

Na Grécia Clássica a tortura foi instituída como mecanismo do processo de instrução criminal, mas não era aplicada aos cidadãos livres. A cidadania dividia as

⁴⁹ “As mais antigas civilizações, como a egípcia, babilônica, assíria e persa, tiveram seus castigos devidamente catalogados e classificados. Cerca de 2000 anos a.C., a chamada pena de Talião (olho por olho, dente por dente) já estava presente no Código Dungi (Rei Sumério da lei Sumária), que inspirou o Código de Hamurábi (Rei Babilônico), que por sua vez teria inspirado a legislação hebraica (Torá ou Pentateuco) e gregas (Código Turiano)” (cf. MATTOSO, p. 1986, p. 37).

provas em naturais e forçadas. As provas naturais estavam ligadas à palavra do cidadão livre e a sua honra. Já as provas forçadas eram aplicadas aos estrangeiros, escravos e demais pessoas que não possuísem a cidadania sendo adquirida através da “[...] prática da tortura probatória, classificada por Demóstenes como ‘um meio seguro de obter evidência’” (cf. SZNICK, 1998, p. 38).

Em Roma era lícito ao proprietário de escravos a submissão deste a tortura em caso de mera desconfiança da prática de crime contra a propriedade. Passando tal ato a ser regulado no Código de Teodósio e Justiniano como pena para os crimes de adultério, fraude ao censo e delitos de lesa majestade. A tortura como meio de prova recebe a designação de *quaestio*, sendo as principais formas de aplicação através do tormento do fogo (*tormentum ignis*), da sede (*tomentum sitis*) e da fome (*tormentum famis*). Valéria Goulart (2002, p. 24) sobre essa prática afirma “[a] confissão era prova suficiente para a condenação. Desde que sem defeitos e aceitável, não havia a necessidade de realizar mais nenhuma prova, interrompendo-se o processo. Para tanto, a confissão era avaliada com cautela, ainda mais quando obtida mediante tortura (*quaestio*)”.

No século XI a confissão passa a ser considerada a rainha das provas nos processos judiciais, devendo a sua busca ser conseguida a qualquer custo, o que incentivava a prática da tortura. A partir do século XII até o XIV, especificamente no ano de 1252 a tortura será institucionalizada através do Tribunal do Santo Ofício da Inquisição⁵⁰, com a Bula *Ad Extirpand*, chegando assim até a Idade Moderna. Sobre este período João Bernardino Gonzaga afirma que

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

Em decorrência do Tribunal do Santo Ofício, Nicolau Eymerich confecciona o Manual dos Inquisidores (1376) que foi posteriormente revisto e ampliado por

⁵⁰ Sobre o conteúdo semântico da palavra *inquisição*, Bethencourt (2000, p.335) esclarece que o sentido era de inquérito judiciário, cujo objetivo era de apurar de forma rigorosa a verdade sobre os fatos criminosos. Contudo, com o passar do tempo esse sentido foi desaparecendo, passando a palavra a ser uma espécie de sinônimo para o Tribunal do Santo Ofício.

Francisco de La Peña (1578). Neste livro estava previsto as formas processuais e penas a serem aplicadas, sendo, no entanto, necessário um acordo entre o inquisidor e o bispo sobre as formas de tortura, uma vez que na busca da confissão o réu deveria permanecer saudável para que fosse libertado ou executado, conforme o andamento do processo⁵¹. Para os defensores da tortura na época, esta justificava-se pois que acreditava-se que mesmo o homem mais mentiroso iria de forma natural dizer a verdade. Os governos absolutistas viam a tortura como um instrumento processual cuja finalidade era a segurança do Estado, “[...] o estabelecimento da verdade era para o soberano e seus juízes um direito absoluto e um poder exclusivo” (cf. FOUCAULT, 2002, p.36).

No entanto, a crítica e o reconhecimento de que tais práticas eram atentatórias às liberdades individuais só foram ser feitas muito tempo depois, no século XVIII com o movimento iluminista, período em que floresce a doutrina jusnaturalista, devendo os direitos naturais do homem serem salvaguardados. É de 1734 que data o marco da desregulamentação da prática de tortura, sendo a Suécia o primeiro país a abandonar a prática.

Inicia-se o movimento em prol da separação de poderes, principalmente para que o poder judiciário não estivesse mais sob influência de superstições e pressões políticas, sendo argumentado que a prática de tortura e outros tormentos não era meio idóneo de se conseguir a verdade. Defendem a humanização das penas e do procedimento criminal. Na senda deste pensamento crítico, Cesare Beccaria (2001, p. 39) afirmava que “[...] o inocente gritará, então, que é culpado, para que cessem as torturas que já não aguenta; e o mesmo meio usado para distinguir o inocente do criminoso fará desaparecer qualquer diferença entre ambos”. Ainda na construção de sua crítica, Beccaria declara que

interrogam a um acusado para conhecer a verdade; porém, se com tanta dificuldade a distinguem no ar, nos gestos e na fisionomia de um homem calmo, como poderão descobri-la nos traços decompostos pelas convulsões da dor, quando todos os sinais, que apontam às vezes a verdade na fronte dos culpados, estiverem alterados e confundidos? Toda ação violenta faz sumir as pequenas diferenças dos movimentos pelos quais se distingue, às vezes, a verdade da mentira [...] é querer subverter a ordem das coisas

⁵¹ O princípio da proporcionalidade entre o crime e a pena não era presente no pensamento da época. A tortura se baseava nos usos gerais, porém não estava limitada a práticas específicas. Sobre esse ponto, Gonzaga (1993, p.33) declara, “[...] a forma e os meios a serem empregados para produzir a dor seriam aqueles que os costumes indicassem, ou que fossem inventados por executores imaginosos, facilmente, pois, ocorriam excessos”. Para Heleno Fragoso (1994, p. 33) a Inquisição ao empregar a tortura escreveu uma página negra na história do direito penal.

exigir que um homem seja ao mesmo tempo acusador e acusado, que a dor se torne o cadinho da verdade, como se o critério dessa verdade residisse nos músculos ou nas fibras de um infeliz. Esse é o meio seguro de absorver os celerados vigorosos e de condenar os inocentes fracos (cf. BECCARIA, 2001, p. 39-69)⁵².

Contemporâneo de Beccaria, Pietro Verri (2000, p. 89) advogava que a “tortura não constitui um meio para descobrir a verdade”, pelo contrário, era “um convite para que tanto o culpado quanto o inocente se declarem culpados, o que constitui um meio para confundir a verdade, jamais para descobri-la”.

A respeito deste assunto, sabiamente Santo Agostinho discorreu em sua obra “De Civitate Dei” (426 d.C):

Enquanto se investiga se um homem é inocente, se o atormenta, por um delito incerto e se lhe impõe uma grande dor, não porque se saiba que é um delinquente, o que sofre, senão porque não se sabe se o é, com o qual a ignorância do Juiz vem a ser a calamidade do inocente” (cf. JURICIC, 1999).

Também Montesquieu, em seu livro o “Espírito das Leis” (1748) dedica todo um capítulo para tecer sua crítica a institucionalização da tortura, enfatizando que penas severas só interessam a governos despóticos⁵³.

Em 1766 o Santo Ofício inclui no *Index* de livros proibidos a obra de Beccaria, neste mesmo momento histórico, Voltaire e Boyle também insurgem-se contra a prática e a ineficácia da tortura.

No ano 1740 com o decreto de Frederico II da Prússia se inicia de forma institucionalizada a abolição da tortura legal vigente até então. Os ideais da Revolução Francesa ratificam a extirpação da tortura dos sistemas penais. Apesar da notória reprovção e mesmo com inúmeras nações, principalmente na Europa deixando de adotar a tortura, muitas foram as atrocidades cometidas como o caso

⁵² A obra de Beccaria “Dos Delitos e das Penas” de 1764 é um divisor de água na história da criminalização da prática da tortura com a denúncia da crueldade dos julgamentos e a repulsa à tortura como meio de prova para se conseguir a verdade. É um dos primeiros a levantar a bandeira da igualdade dos homens e do princípio da legalidade.

⁵³ Sobre a interpretação iluminista para a proibição da prática da tortura, Bruno Moura (2013, p. 238) afirma “a tortura viola o princípio da presunção da inocência, viola a proibição da autoincriminação, oferece um vergonhoso e irracional critério de verdade; revela um ridículo significado religioso-espiritual de purgação (limpeza ou purificação); aniquila a liberdade da vontade; gera mentira (fatos inventados) pois a confissão ou declaração resulta da dor e do desejo urgente de dele se livrar; degrada a personalidade do sujeito; coloca um inocente em uma situação pior do que a do culpado (porque o primeiro ou confessa o delito ou é condenado ou é declarado inocente e sofre pena indevida, o segundo ainda pode ser absolvido como inocente se resistir com firmeza ao tormento); [concluindo que] não é o meio adequado para descobrir a verdade”.

dos massacres e torturas impostas aos judeus pela Alemanha de Hitler, com a repressão das liberdades individuais com o regime soviético e os demais regimes militares e ditatoriais em pleno século XX.

Sendo portanto, o século XX considerado como um dos períodos em que mais atrocidades foram cometidas, vê-se a necessidade da confecção de uma carta de direitos que tutelassem os direitos humanos, o que se traduziu em 1948 com a Declaração Universal de Direitos Humanos⁵⁴.

Assim, apesar da condenação a prática da tortura, esta chega até a era contemporânea através de regimes antidemocráticos, mas também estando presente em países ditos democráticos na maioria dos casos praticada por agentes públicos dos órgãos de polícia criminal nas penitenciárias⁵⁵.

Com esse intuito, a prática da tortura legal ressurgiu como se comprova com o relatório da Comissão Landou de 1987 em que o governo de Israel autoriza a pressão psicológica e física nos interrogatórios dos detentos. “Entre os métodos de pressão moderada está deter o preso em cárcere incomunicável, privá-lo de sono, sacudi-lo de forma violenta, mantê-lo em posturas doloridas, espancá-lo, submetê-lo continuamente a música alta e extremos de frio e de calor” (cf. CHINELI; VITURINO. 2004, p. 54 – 59).

A legislação islâmica também permite a prática de punições corporais, e após os atentados ao World Trade Center em 2001 a tortura passa a ser prática constante principalmente nos presídios como pode se verificar nas constantes denúncias sobre a Baía de Guantánamo (situada na ilha de Cuba, porém monitorizada pelos Estados Unidos), a atual defesa a essa prática alega ser esta uma forma de combate ao terrorismo embasados na doutrina de segurança. Vital Moreira (2013, p. 95) relata sobre a adoção por parte de tribunais nigerianos a partir do ano de 2010 que com base na Sharia têm emitido sentenças excessivas para ofensas simples, sendo este

⁵⁴ Sobre o tema, para Arendt (1975), “[...] os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução”. Norberto Bobbio (2000, p.30), por sua vez, destaca: “[...] os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada Constituição incorpora Declarações de Direito), para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais”.

⁵⁵ “A estatística é chocante: houve relatórios de tortura ou de maus-tratos por agentes do Estado em mais de 150 países. Em 70 deles eram difundidos ou persistentes. Em mais de 80 países, as pessoas relatadas morreram em consequência da tortura. As provas sugerem fortemente que a maioria das vítimas eram pessoas suspeitas ou acusadas de delitos criminais. A maioria dos torturadores eram policiais militares” cf. ANISTIA INTERNACIONAL, 2000, p. 10.

também o posicionamento de tribunais religiosos na Arábia Saudita, Irã, Malásia e Singapura⁵⁶.

Enfim, de uma forma ou de outra a tortura sempre teve seu espaço no contexto histórico mundial, por tradição de alguns povos; motivos religiosos ou imposição do regime político.

4.2 Dos instrumentos internacionais de proteção contra à tortura

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948⁵⁷, em seu art. 5º, é o primeiro texto jurídico internacional em que a tortura é declarada ilegal de maneira específica, ao dizer que: *ninguém será submetido à tortura, nem a tratamentos ou punições cruéis, desumanos ou degradante* (cf. ANISTIA INTERNACIONAL, 1997, p. 24).

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos⁵⁸ que complementa a Declaração Universal dos Direitos Humanos para lhe dar obrigatoriedade, fez a resolução da Assembleia ter caráter “recomendatório” em seu artigo 7º que diz: *“ninguém será submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis desumanos ou degradantes. Será proibido, especialmente submeter uma pessoa a experiências médicas ou científicas sem o seu livre consentimento”*. Reafirmando o artigo 5º da Declaração acima citada, empenhando-se em banir a tortura do cenário mundial.

Em 1975 a Declaração sobre a proteção de todas as pessoas contra a tortura ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes vem corroborar com o combate a prática, afirmando em seu art. 3º que: *“constitui uma ofensa à dignidade humana e será condenado como violação dos propósitos da Carta das Nações Unidas e dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais Proclamados na Declaração Universal de Direitos Humanos”*.

Em nível regional, o diploma que também trata da proteção de Direitos Civis e Políticos, entre estes, a proibição da tortura, adotada em 1950, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, como se vê em seu art. 3º: *“ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes”*.

⁵⁶ Mais sobre essa posição ver BRUGGER (1996; 2000), GREGO; SCHÜNEMANN (2009), MOURA (2013), cf. Nota nº 45.

⁵⁷ Adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 10 de Dezembro de 1948.

⁵⁸ Adotado pela Resolução nº 2.200 – A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas de 16 de dezembro de 1966.

Bem como, a Convenção Europeia para a Prevenção da Tortura e Tratamento ou Punição Desumana ou Degradante⁵⁹, em seu art. 1º afirma que: *“será estabelecido um Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura e do Tratamento ou punição Desumano ou Degradante [...] Através de visitas, o Comitê deverá examinar o tratamento de pessoas privadas da sua liberdade objetivando fortalecer, caso necessário, a defesa de tais pessoas contra a tortura e o tratamento ou punição desumano ou degradante”*.

No mesmo plano regional, também se destaca a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica⁶⁰, que em seu artigo 5º afirma: *“1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”*. E a Convenção Interamericana para prevenir e punir a Tortura de 1985, prevê no art 6º que: *“os Estados Partes assegurar-se-ão de que todos os atos de tortura e as tentativas de praticar atos dessa natureza sejam considerados delitos em seu Direito Penal, estabelecendo penas severas para sua punição, que levem em conta sua gravidade”*.

A Convenção das Nações Unidas de 1984 contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes reafirma as ideias constantes na Declaração Universal de 1948 na recusa a prática da tortura. Em seu artigo 2º, é peremptória ao dizer: *“1.Cada Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciais ou de outra natureza com o intuito de impedir atos de tortura no território sob sua jurisdição; 2. Nenhuma circunstância excepcional, como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública, poderá ser invocada como justificativa para a tortura. 3. Uma ordem de um funcionário superior ou de uma autoridade pública não poderá ser invocada como justificativa para tortura”*. Esta Convenção sufraga o princípio de que todo ser humano tem direito a que sua condição de pessoa seja reconhecida, sendo este um dos principais Tratados nesta matéria.

⁵⁹ Adotada no Conselho da Europa, em Estrasburgo, em 26 de Novembro de 1987.

⁶⁰ Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em São José da Costa Rica, em 22.11.1969, tendo sido ratificada pelo Brasil em 25.09.1992 através do Decreto nº 678, de 6 de Novembro de 1992.

Os autores da Convenção contra a Tortura entendem que este é um amplo mecanismo de proteção, devendo seus preceitos serem observados pelos Estados em respeito à dignidade humana que não se coaduna com práticas de tortura, tampouco com a cidadania, por isso as penas devem estar adstritas ao princípio da legalidade e proporcionalidade, dentro de um limite tolerável e justo conforme o sistema legal elaborado por um Estado Democrático de Direito.

Em 2002 foi aprovado o Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas com o objetivo de estabelecer um sistema de visitas regulares a presídios sendo efetuadas por órgãos nacionais e internacionais independentes com intenção de prevenir a tortura e penas cruéis, desumanas ou degradantes⁶¹.

Os tratados relacionados aos direitos do homem, adotados em escala regional e internacional, afirmam que é proibido a prática da tortura e maus tratos⁶², não sendo justificado nem mesmo em situações de urgência ou conflito armado⁶³.

Também nas normas que compõem o que se designa de direito internacional humanitário a prática da tortura é proibida, como se pode verificar no art. 4º das regras anexadas às Convenções de Haia, de 1899 e 1907, referiam às leis e costumes de guerra terrestre, afirmando que os prisioneiros de guerra devem ser tratados com humanidade, que exclui os tratamentos recorridos à tortura (cf. BASSIOUNI, 1977, p. 71), o art. 3º comum às quatro Convenções de Genebra de 1949, também faz parte das regras a observar por todas as partes, mesmo quando de um conflito armado interno, as proibições referentes aos atentados contra a vida, a saúde e integridade corporal, também as mutilações, tratamentos cruéis, torturas e suplícios⁶⁴.

⁶¹ Adotado e aberto à assinatura em Nova Iorque, a 18 de Dezembro de 2002, pela Resolução nº 57/199 da Assembleia Geral das Nações Unidas, aprovado no Brasil pelo Decreto nº 483 de 20 de Dezembro de 2006, ratificado em Janeiro de 2007 e promulgada pelo Decreto nº 6.085 de 29 de Abril de 2007.

⁶² Como exemplo de outros diplomas pode-se citar: art. 37, a da Convenção relativa aos direitos da criança, de 20 de novembro de 1989; art. 5º da Carta africana dos direitos do homem e dos povos, de 27 de junho de 1981.

⁶³ Cf. Pacto, art.4.2; da Convenção Europeia, art. 15.2; Convenção Americana. Art.27.2

⁶⁴ Cf. art. 3º da Convenção de Genebra para melhorar a situação dos feridos e doentes das forças armadas em campanha: no caso de conflito armado que não apresente um caráter internacional e que ocorra no território de uma das Altas Potências contratantes, cada uma das Partes no conflito será obrigada a aplicar pelo menos as seguintes disposições: 1) As pessoas que tomem parte diretamente nas hostilidades, incluídas os membros das forças armadas que tenham deposto as armas e as pessoas que tenham sido postas fora de combate por doença, ferimento, detenção ou por qualquer outra causa, serão, em todas as circunstâncias, tratadas com humanidade, se nenhuma distinção de caráter desfavorável baseada na raça, cor, religião ou crença, sexo, nascimento ou fortuna, ou qualquer critério análogo. Para este efeito, são e manter-se-ão proibidas, em qualquer ocasião e lugar, relativamente às pessoas acima mencionadas: a) As ofensas contra a vida e

Da mesma forma, o Protocolo II Adicional às Convenções de Genebra proíbe as tentativas contra a vida e a integridade corporal e ao bem-estar físico ou mental das pessoas, em particular os tratamentos cruéis tais como a tortura, as mutilações ou toda forma de penas corporais⁶⁵. Em virtude da III Convenção de Genebra, os Estados-Partes e seus delegados são obrigados, quando dos conflitos armados internacionais, a tratar os prisioneiros de guerra enquanto durar o conflito com humanidade e respeitar sua integridade⁶⁶. A IV Convenção, de 12 de agosto de 1949⁶⁷, proíbe os atos de violência e a tortura contra civis protegidos em tempo de guerra. Também o art. 75 do Protocolo I estende essa proibição a todas as pessoas que se encontram na mesma situação e confirma que a tortura sob todas as formas, física ou mental é proibida⁶⁸.

Tanto os direitos do homem como o direito humanitário se preocupam com a tortura, ambos mostram que as normas destinadas a proteger as pessoas refletem as mesmas noções que são a base de sistemas institucionais diferentes (cf. MERON, 1987, p. 28; KALIN, GABRIEL, 1994, p. 26-29).

4.3 Bem jurídico protegido e sujeitos do delito

A Declaração Universal dos Direitos Humanos e os demais Tratados internacionais e regionais quando declaram o direito de todo homem de não ser submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante desencadeiam o prelúdio de um postulado, ou seja, as normas posteriores a estas,

integridade física, especialmente homicídio sob todas as formas, as mutilações, os tratamentos cruéis, torturas e suplícios; b) A tomada de reféns; c) As ofensas à dignidade das pessoas, especialmente os tratamentos humilhantes e degradantes; d) As condenações proferidas e as execuções efetuadas sem prévio julgamento, realizadas por um tribunal regularmente constituído, que ofereça todas as garantias judiciais reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados. 2) Os feridos e os doentes serão recolhidos e tratados. Um organismo humanitário imparcial, como a Comissão Internacional da Cruz Vermelha, poderá oferecer os seus serviços às Partes no conflito. As Partes no conflito esforçar-se-ão também por pôr em vigor por meio de acordos especiais todas ou parte das restantes disposições da presente Convenção. A aplicação das disposições precedentes não afetará o estatuto jurídico das Partes no conflito.

⁶⁵ Cf. Art. 4.2 a, Protocolo adicional as Convenções de Genebra de 22 de agosto de 1949 relativos a proteção das vítimas de conflitos armados interno (Protocolo II) de 8 de Junho de 1977.

⁶⁶ Cf. Art. 13 e 14 da Convenção de Genebra relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra III^o Convenção, de 22 de agosto de 1949.

⁶⁷ Cf. Art. 13 e 14 da Convenção de Genebra relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra III^o Convenção, de 22 de agosto de 1949.

⁶⁸ Cf. Art. 75. 2^a II, do Protocolo adicional as Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 relativa à proteção das vítimas de conflitos armados internacionais (Protocolo I), de 8 de junho de 1977.

devem condenar a prática da tortura como crime, consagrando a dignidade humana como bem jurídico protegido pelo Direito Penal Internacional.

Aliás, verifica-se, pelo próprio preâmbulo da Declaração, por exemplo, a preocupação dos Estados-partes em sobrelevar-se a dignidade de pessoa humana em todo o mundo.

No mesmo sentido, a Convenção contra a Tortura de 1984, que também classifica o crime como de caráter internacional, observa no seu preâmbulo, expressamente, que os direitos reconhecidos emanam da dignidade inerente à pessoa humana.

Também no preâmbulo, a Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura dispõe, terminantemente, que a tortura e os demais tratamentos cruéis constituem ofensa à dignidade humana e uma negação dos princípios consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos e na Carta das Nações Unidas.

Podemos retirar da interpretação dos referidos diplomas, que a prática da tortura, sedimenta-se, portanto, um atentado à dignidade humana, pois que nega a condição humana, colocando a pessoa na posição de um objeto, ficando a vítima à mercê do torturador. Sendo assim, o bem jurídico protegido, na norma, é a dignidade da pessoa humana, que constitui, indubitavelmente, “um dos pilares básicos, se não o principal, da promoção dos direitos humanos” (cf. BARQUIN SANZ, 1992, p. 230).

Quanto ao sujeito ativo, o tipo exige uma qualidade especial do agente, como referido no item 3.1.1.3 que é a de ser funcionário público ou estar no exercício de função pública. É oportuno frisar que a história da tortura, sempre esteve ligada ao procedimento penal, desde a antiguidade, até a Idade Moderna, sendo que os torturadores, por sua vez, estavam vinculados ao aparato judicial estatal da época.

Como a tortura, atualmente, representa uma forma exacerbada de abuso de poder de agentes públicos, atentando contra o próprio dever de velar pela dignidade humana, as Nações Unidas, abandonando o conceito semântico na história⁶⁹, que sempre denotou a prática de conduta de agente público tendente a obter uma confissão ou testemunho, exigiu do sujeito ativo a qualidade especial de funcionário público ou de pessoa de qualquer forma ligada ao exercício da função pública.

⁶⁹ A respeito do sentido que denota a palavra tortura é digna de registro a seguinte observação: “[t]odos os juristas e os historiadores encontram um elemento comum na tortura: é um tormento infligido por uma autoridade pública com fins ostensivamente públicos. A história semântica da palavra tortura possui invariavelmente uma dimensão pública [...] Assim, a tortura é algo que uma autoridade pública faz ou permite” (cf. PETERS, 1987, p. 17).

Unicamente serán considerados actos de tortura las conductas llevadas a cabo por funcionarios públicos con cualquier objetivo, desde el caso típico de la tortura para obtener información en proceso penal, em cuyo caso las pruebas obtenidas no serán admisibles, hasta en el severo castigo físico sin objetivo alguno, salvo que el castigo fuese impuesto como consecuencia de una sanción legal (cf. CASADEVANTE ROMANI, 2000, p. 245).

Durante os trabalhos preparatórios da Convenção de 1984, uma corrente minoritária, chefiada pela delegação francesa, pretendeu que fosse adotado o critério extensivo na definição de tortura, sem levar-se em consideração a qualidade do autor. No entanto acabou prevalecendo a posição supra, temperada com a fórmula proposta pela delegação dos Estados Unidos, que sugeriu a ampliação do projeto original Suíço, no sentido de que o particular respondesse, também pela prática da tortura desde que fosse instigado por funcionário público.

Evidentemente, prevaleceu a melhor tese, vez que o elemento do injusto penal do delito de tortura é, exatamente, o fato de que sofrimento físico ou mental promanam de um ato perpetrado por uma autoridade ou agente público.

Além do mais, se o Estado que praticar ou permitir que se pratique a tortura deve ser responsabilizado pelos organismos internacionais.

O sujeito passivo do crime em epígrafe é o cidadão a quem é aplicada uma tortura. No entanto, aponta-se também o Estado, como sujeito passivo secundário, enquanto sujeito interessado em que se respeitem as garantias nos procedimentos públicos investigatórios e punitivos (cf. GRIMA LIZANDRA, 1998, p. 80).

4.3.1 Tortura: crime contra a dignidade da pessoa humana

Um dos fundamentos dos instrumentos internacionais específicos contra a tortura tem como objetivo, a dignidade humana. Antônio Casesse (1994, p. 150) leciona a “*democracia significa, repeto a la dignidade de la persona*”, tortura significa “*humillación o aniquilación de esa dignidade*”. Este princípio estruturante representa a base fundamental na constituição do Estado, uma vez que é sobre ele que recai todos os direitos e garantias conferidos às pessoas, refletindo no Direito Penal, que trabalha diretamente com o *Ius Libertatis* dos cidadãos. Nesse sentido, José Afonso da Silva (2002, p. 105) argumenta que “[a] dignidade da pessoa humana é valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.

Essa noção de dignidade como valor supremo encontra-se também prevista nos textos legais conforme visto no item anterior. A tortura portanto configura-se como um atentando a dignidade humana, uma vez que aniquilando a condição de pessoa, seguindo o pensamento de Casesse, transforma a vítima em um objeto. Concordando com esta linha de raciocínio Beccaria (2001, p. 73) exclama que “não haverá liberdade sempre que as leis permitirem que, em certas circunstâncias, o homem deixe de ser pessoa e se torne coisa”.

Immanuel Kant também disserta sobre a dignidade. Para ele, o homem é um fim em si mesmo, sendo assim não pode ser utilizado como meio instrumental, uma vez que a dignidade expressa o reconhecimento da liberdade e da autonomia do homem (cf. KANT, 2002, p. 68 – 71).

Como principal direito fundamental constitucional, a dignidade humana está plasmada no art 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, abrangendo tantos os direitos de liberdade quanto os direitos sociais, assim possui estreita relação com o Direito Penal garantista, pois que um fato punível deve ser encarado tendo em vista a finalidade do Direito Penal, que é justamente a proteção de bens jurídicos penais.

Sobre a relação do Direito Penal com a dignidade, Luiz Flávio Gomes comenta que

[s]endo a dignidade humana o fundamento máximo do modelo de Estado de Direito, parece não haver dúvida de que a sanção penal só deve incidir quando há uma concreta lesão ao perigo para o bem jurídico protegido pela norma. O princípio da ofensividade, destarte, dimana naturalmente do Estado Constitucional e Democrático de Direito. (cf. GOMES, 2002. P. 87)

No mesmo sentido Zaffaroni esclarece que:

El derecho penal tiene la función de proveer a la seguridad jurídica mediante la tutela de bienes jurídicos, previniendo la repetición o realización de conductas que los afectan en forma intolerable, lo que ineludiblemente, implica una aspiración ético-social. Cabe consignar que en este sentido usamos “ético” para denotar lo que hace al comportamiento social, expresión que nada tiene que ver con la moral, que ende, es autónoma. En este sentido, la “aspiración ética”, del derecho, es la aspiración que éste tiene de que no se cometan acciones prohibidas por afectar bienes jurídicos ajenos. La coerción penal busca materializar esta aspiración ética, pero la misma no es un fin si misma, sino que su razón, su ‘por qué’ (y también su “para qué”) es la prevención special de futuras afectaciones intolerables de bienes jurídicos.” (cf. ZAFFAROLLI, 1987, P. 50).

Sendo a dignidade humana um predicado de todo ser humano pelo fato de sê-lo, acordam os doutrinadores acerca da dificuldade em conceituar tal termo. Se recorrermos a um conceito negativo, tal conceito pode não ter garantia de vir a ser alvo de ofensas ou humilhações, ou a um positivo, que não satisfaça a real intenção do conceito em questão. Seguindo o pensamento kantiano, após relacionar a dignidade com a condição de “fim em si mesmo” do ser racional, justificando, conseqüentemente, a vedação de seu tratamento como puro ou simples meio, Kant afirma que o homem tem “la dignidad de um ser racional que no obedece a ninguna outra ley que aquella que él se dá a si mismo” (cf. GRIMA LIZANDRA, 1998, p. 61).

Paulo Otero apresenta um conceito universal para a dignidade humana. Para o referido autor a dignidade é hoje

um dogma de confluência da consciência jurídica universal, uma síntese dos valores historicamente geradora da civilização ocidental e, por essa via, um princípio de *ius cogens* dotado de valor de força jurídica supraconstitucional: não é a Constituição que impõe o respeito a dignidade da pessoa humana ao sistema jurídico, ao Poder político e aos membros da sociedade, antes é a dignidade da pessoa humana que, autonomamente, se impõe à Constituição (cf. OTERO, 2010, p. 37).

O homem submetido à tortura tem sua dignidade degradada no mais alto nível, é transformado em objeto, algo destituído de capacidade de autonomia e autodeterminação, é um instrumento em meio ao aparato abusivo de poder (cf. GRIMA LIZANDRA, 1998, p. 65-68).

A **tortura** constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete - enquanto **prática** ilegítima, imoral e abusiva - um **inaceitável** ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a **dignidade**, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo." (HC 70.389/SP, Rel. p. Acórdão Min. Celso de Mello, DJ 10/08/2001).

A tortura vem assim ser não apenas uma violação à dignidade do ser vitimado, porém, coloca na posição de vítima o próprio Estado que vê os seus pilares e seu sistema penal defraudado. Ao ser o ato cometido por um agente público, este está a agir contra os próprios limites impostos pelo Direito Penal, “quando tais atos são cometidos por representantes do Estado ou por agentes de execução da lei, tal fato deve ser considerado um agravante, uma vez que o servidor está traindo sua obrigação profissional de servir e proteger a população do Estado para o qual trabalha” (cf. FOLEY, 2003 p. 69).

Contudo, não é apenas a dignidade que é posta em causa. No catalogo dos bens individuais, a prática do crime de tortura será também atentatória a liberdade, a integridade física e moral, a saúde e a vida, considera o autor Barquin Sanz (1992). Mas defende o entendimento estrito sobre bem jurídico, que é “el valor que constituye la esencia del tipo penal en el entendimiento amplio que considera que un tipo penal tantos objetos formales de tutela cuantos valores dignos de protección” (BARQUIN SANZ, 1992).

4.4 A Tortura como crime internacional

A abolição da prática da tortura ganha força ao longo da história, contudo, os transtornos ocorridos ao longo do século XX, principalmente as duas grandes guerras registram uma dizimação em massa de centenas de milhares de pessoas. Até mesmo a França, que brindou o mundo com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, participou de massacres e de torturas perpetrados na guerra civil da Argélia. Em fase de tal postura, ao longo do tempo, foram sendo elaborados instrumentos internacionais de proteção aos direitos naturais do homem⁷⁰, culminando com a própria criminalização internacional da tortura⁷¹.

A proteção do homem em relação ao crime de tortura ganha vulto a partir do século XVIII, sendo o século XX o ápice desta condenação tanto no nível interno quanto internacional, bem como da consagração dos direitos humanos, que visam garantir o desaparecimento deste e outros tratamentos cruéis, desumanos e degradantes.

As primeiras normas proibitivas do uso da tortura, em nível internacional, decorreram do direito consuetudinário inserido nas convenções, para a proteção dos prisioneiros de guerra e das populações civis existentes nos territórios ocupados.

⁷⁰ A respeito dos direitos humanos, é oportuna a lição segundo a qual “[o]s conceitos de direitos humanos e de comunidades humana têm que ser representados como os conceitos Kantianos de espaço e tempo: se a humanidade é como tempo, cada homem é como uma hora. Se não há esta hora, não há integralidade do tempo” (cf. FELIPE, 1996, p. 103)

⁷¹ Não se pode ignorar a grave advertência de Piero Calamandrei para que: “Só um leitor estranho ao mundo poderia consolar-se, depois de ouvir os protestos de Beccaria, dizendo que se trata de atrocidades dos tempos bárbaros, que os séculos já corrigiram; os séculos passaram, a técnica dos códigos se aperfeiçoaram, porém os angustiosos problemas morais que constituem o centro de toda esta matéria dos delitos e das penas, continuam no mesmo ponto” (Prefácio da obra de BECCARIA, 2001, p. 22).

Merece ser destacada, nessa evolução protetiva dos direitos humanos, a Declaração Universal dos Direitos humanos. Em face das atrocidades praticadas na última grande guerra mundial, as vinte e seis potências mundiais, que combatiam a força do eixo, aglutinada entre Alemanha, Itália e Japão, deliberaram criar um organismo com força de uma sociedade política internacional com o propósito, entre outros, de lutar para a edificação da dignidade humana. Nasceu, dessa feita, a ONU, cuja Carta de fundação foi assinada por cinquenta e um países, em 26.06.1945, no encerramento da Conferência de São Francisco.

Diante da necessidade da elaboração de um documento para sedimentar a proteção dos direitos humanos, elaborou-se, naquele organismo internacional, em 18.06.1948, a referida declaração que foi aprovada em Assembleia Geral, nas Nações Unidas, em 10 de dezembro do mesmo ano, em Paris, e assinada pelo Brasil no mesmo dia.

Destaca-se, no aludido documento, para o fim almejado, no presente trabalho, o disposto no artigo V, cuja norma prescreve que “ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”.

Outro instrumento importante para a proteção dos direitos humanos em nível regional, foi a Convenção Europeia, elaborada em 04.01.1950, em Roma, pelo Conselho Europeu. A mencionada convenção entrou em vigor em 1953.

Não se pode ignorar, ademais, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos que foi aprovado, por unanimidade, pela Assembleia Geral da ONU, em 16.12.1966, entrando em vigência tão-somente em 1976.

A norma proibitiva da prática de tortura foi inserida no art. 7º com a seguinte redação: “ninguém será submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas”.

Outro instrumento jurídico regional de grande importância, embora circunscrito ao continente Africano, é a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos. Essa Carta aprovada pela Conferência Ministerial da Organização da unidade Africana (OUA) em Banjul, Gâmbia, em janeiro de 1981.

4.5 Da proibição da tortura regra de *ius cogens*

Sobre a norma de *ius cogens*, Hillary Charlesworth e Christine Chinkin apresentam o seguinte conceito

Ius Cogens é definido como um conjunto de princípios que resguardam os mais importantes e valiosos interesses da sociedade internacional, como expressão de uma convicção, aceita em todas as partes da comunidade mundial que alcança a profunda consciência de todas as nações, satisfazendo o superior interesse da comunidade internacional como um todo, como fundamentos de uma sociedade internacional, sem os quais a inteira estrutura se romperia. Os direitos humanos mais essenciais são considerados parte do *Ius Cogens* (apud PIOVESAN, 2006, p. 89).

Em sua obra, “Tratados de Direito Internacional dos Direitos Humanos” (1997), Antônio Augusto Cançado Trindade, assinala que a função do *ius cogens*, no domínio próprio dos tratados é uma consequência inelutável da própria existência de normas do Direito Internacional.

O art. 53 da Convenção de Viena de 1969 que resultou da necessidade de disciplinar e regular o processo de formação dos tratados internacionais restou concluída em 23 de maio de 1960. Como observa Eduardo Correia Baptista (1997, p.262), a “maioria dos Estados declararam na conferência que já existiam normas de ‘Ius Cogens’ no Direito Internacional [...] Outros, sem afirmar a sua pré-vigência, afirmaram aceitar a figura”.

O art. 53 da Convenção de Viena sobre os tratados estipula que: *é nulo o tratado no momento de sua conclusão, conflita com normas peremptórias de Direito Internacional. Para os fins desta Convenção, uma norma peremptória de Direito Internacional é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como uma norma a qual nenhuma derrogação é permitida e que apenas pode ser modificada por uma norma posterior de Direito Internacional que apresente a mesma natureza.*

O art. 64 da mesma Convenção dispõe que: *caso surja uma nova norma imperativa de Direito Internacional Geral, todo o tratado existente que esteja em oposição a essa norma será nulo.*

Analisando estes elementos teremos:

I – *Uma regra imperativa de Direito Internacional de caráter geral*: os doutrinadores afirmam que deve ser “universal”, mas acreditamos que esse conceito

imperativo pode ser aceito regionalmente, como costume internacional é aceito de forma universal e regional.

II - O *Ius Cogens* pode se manifestar sob a forma de Costume Internacional, ou seja, não se refere somente ao Direito Escrito mas também ao Direito não Escrito, bem como outras fontes de Direito Internacional.

III - *Não admitir acordo contrário*: acreditamos que toda manifestação de vontades dos Estados contrários a uma norma de *Ius Cogens* torna insustentável tal acordo.

IV - *Só pode ser modificada por uma outra norma posterior da mesma natureza*: sua modificação compete somente à elaboração pelos Estados de uma nova regra posterior de Direito Internacional geral.

O *ius cogens* é uma regra dos Estados, imperativa e de caráter supra nacional, Verdross sustenta que “*no Direito Internacional devem ser considerados ilícitos os tratados que atentam contra a liberdade, dignidade ou interesses vitais dos Estados*” (cf. VERDROSS, 1967, p. 115). Os princípios do Direito Internacional que têm caráter de *ius cogens*, como: a co-existência passiva, o uso legítimo da força, os acordos destinados a proteger os direitos humanos ou o Direito Internacional Humanitário, a prevenir o restabelecimento da escravidão, a pirataria ou o genocídio, a proibição do restabelecimento do colonialismo, atentar contra a soberania dos Estados, entre outros, nunca devem ser violados.

Não podemos ignorar a posição política dos Estados, na condução de seus assuntos internos, principalmente no que se refere a seu poder econômico, que ignorando alguns destes princípios, como o da não intervenção, tenta debilitar o conceito de soberania que tem caráter de *ius cogens*. Há Estados que se converteram em verdadeiros líderes na defesa dos Direitos Humanos, que consideram o *ius cogens*, mas se negam a assinar convenções sobre sua proteção, dizem que não negociam com sua autonomia e sobre assuntos internos que consideram vitais.

Acreditamos que para que seja eficaz a nível internacional o *ius cogens*, em matéria de Direitos Humanos e de Direito Internacional Humanitário, deverá criar novos mecanismos de proteção para conseguir materializá-los mais profundamente, em especial, os direitos que estão desenvolvendo, a expansão ou crescimento visando uma segunda ou terceira geração para que tenham uma melhor proteção, vigilância e controle por parte da Comunidade Internacional, procurando fortalecer,

criar e garantir junto com os Estados, condições para o desenvolvimento sustentável e pragmático, que satisfaçam esse conceito de visão humanística, que é o *ius cogens*.

Após essa análise da figura do *ius cogens*, julga-se ter base suficiente para confirmar a inserção da regra proibitiva da tortura nesse patamar. Incorporando a proibição da tortura, penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, a comunidade internacional tutela um dos seus valores essenciais, vez que estamos diante de um interesse público coletivizado garantido por uma obrigação *erga omnes* mediata e insuscetível de derrogação.

A Organização das Nações Unidas (ONU) considera a prática da tortura como uma negação aos valores e propósitos da Carta das Nações Unidas, bem como uma violação aos princípios fundamentais (cf. FOLEY, 2011, p. 18)

Neste diapasão, encontramos, a proibição da tortura como norma imperativa dentre as normas de caráter geral o art. 4º § 1º e § 2º, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), o art. 15, § 2º da Convenção Europeia e Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950), o art. 27 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) e, no âmbito específico, o art. 3º da Declaração sobre a Proteção de todas as Pessoas contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1975), o art. 2º § 2º, da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984) e os arts. 4º e 5º da Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar a Tortura (1985). Sem a consolidação das obrigações *erga omnes* de proteção em meio à incidência das normas de *ius cogens*, pouco avançaremos na luta contra o poder arbitrário e a proteção do ser humano contra os atos de barbárie e as atrocidades contemporâneas.

É este o caminho a seguir, para que não mais tenhamos que conviver com as contradições *erga omnes* de proteção que representa a superação de um padrão de conduta erigido sobre a pretensa autonomia da vontade de Estado, do qual o próprio direito dos tratados buscou gradualmente se liberar ao consagrar o conceito de *ius cogens*. Há que dar seguimento à evolução alentadora da consagração das normas de *ius cogens*, impulsionada principalmente pela *opinio juris* como manifestação da consciência jurídica universal, em benefício de todos os seres humanos.

Sendo assim, a proibição da tortura e de tratamentos cruéis, se aplica a qualquer pessoa e a todo o tempo, não havendo circunstâncias em que o Estado

possa restringir essa obrigação ou seja, não há regime de exceção, também não estando em causa a condição da vítima, e por ser norma de *ius cogens*, ainda que um Estado não tenha ratificado nenhum dos diplomas internacionais que proíbem a sua prática, este país estará vinculado ao Direito Internacional e portanto adstrito a excluir a prática da tortura seja ela oficial ou não.

4.6 Responsabilidade e ação penal

O art. 4º da Convenção das Nações Unidas de 1984 afirma que os Estados devem assegurar que os atos de tortura sejam considerados crime nos termos de sua legislação penal, devendo a mesma medida ser aplicada à tentativa e a todo ato, de qualquer pessoa que constitua cumplicidade ou participação na tortura, devendo as penas serem adequadas levando em conta a sua gravidade. A Convenção Interamericana sobre a tortura de 1985, em seu art. 6º segue a mesma linha, estabelecendo que os atos de tortura e as tentativas devem ser consideradas delitos pelo direito penal, estabelecendo penas severas para sua punição. Sobre isso, a Comissão de Direitos Humanos declarou que

O Estado Parte deve, ao apresentar seus relatórios, indicar as disposições de seu direito penal que penalizam ou punem a tortura e o tratamento cruel, desumano e degradante, especificando as penas aplicáveis a tais atos, sejam eles cometidos por funcionários públicos ou por outras pessoas que agem em nome do Estado, ou por civis. Aqueles que violarem o artigo 7, seja mediante instigação, ordem, tolerância ou prática de atos proibidos, devem ser responsabilizados. Consequentemente, aqueles que se recusarem a obedecer tais ordens não deverão ser punidos nem sujeitos a qualquer tratamento adverso (cf. Comentário 20, par. 13, da Comissão de Direitos Humanos, apud FOLEY, 2003, p. 69).

Ao privar uma pessoa de sua liberdade, o Estado deve garantir a sua segurança e bem-estar, impondo uma obrigação a todos que direta ou indiretamente estão relacionados ao sistema penitenciário.

Isso inclui os delegados das delegacias de polícia e seus representantes, agentes de custódia, servidores penitenciários, médicos e profissionais de saúde, bem como outros funcionários e pessoal que atuam no local de detenção [...] promotores públicos e magistrados ou outros responsáveis pela inspeção dos locais de detenção (cf. FOLEY, 2003, p. 70)

Conforme os estudos de Conor Foley (2003, p. 70) ao ocorrer um ato de tortura nas dependências do sistema carcerário ou quando um indivíduo estiver sob

a responsabilidade de um dos agentes descritos cabe ao promotor público ou equivalente, intentar um processo penal contra todos que falharam no cumprimento de suas obrigações, não podendo ser desresponsabilizado em virtude da função ou cargo que ocupa. .

Para intentar a ação, o torturador deve ser identificado, tarefa difícil segundo a doutrina pois

nos casos de tortura ou de outras formas de maus tratos, uma vez que os responsáveis podem ter ocultado sua identidade da vítima e contar com a proteção da “parede de silêncio” por parte de seus colegas, ou até mesmo com sua conivência ativa na falsificação dos fatos de uma história. Mesmo que a vítima os tenha identificado, os torturadores podem alegar que é “a palavra de um contra a de outro” e que isso não é suficiente para provar a culpa (cf. FOLEY, 2003, p. 71).

De acordo com as normas internacionais estudadas o uso da força empregado por agentes públicos deverá estar adstrita à manutenção da segurança e da ordem principalmente dentro dos estabelecimentos (caso de fuga, resistência a ordem judicial e ameaça a segurança pessoal - cf FOLEY, 2003, p.71), no entanto será analisado se o uso dessa força respeitou os requisitos do princípio da proporcionalidade ou seja, se foi adequada, necessária, proporcional, como também se essa reação é aceitável.

4.6.1 O processo judicial

Por ser a tortura um crime de difícil prova, Conor Foley (2003, p. 72) afirma que “[o]s juízes não devem estabelecer o ônus da prova tão alto que não possa ser atendido de forma realista”. O art. 5º da Convenção das Nações Unidas de 1984 alega que deverá o Estado Parte tomar uma posição, ou seja, medidas necessárias para estabelecer sua jurisdição sobre os crimes previstos no art 4º: a) quando os crimes tiverem sido cometidos em qualquer território sob sua jurisdição ou a bordo de navio ou aeronave registrada no Estado em questão; b) quando o suposto autor for de nacionalidade do Estado em questão; c) quando a vítima for de nacionalidade do Estado em questão e este o considerar apropriado. O art 7º do mesmo diploma obriga a que o Estado que tenha jurisdição sobre o caso abra um processo judicial contra o autor do crime (exceto nos casos em que a opção da extradição é válida).

O mesmo sentido pode ser verificado no art. 12 da Convenção Interamericana sobre a Tortura. Sendo o mesmo pensamento presente nas Convenções de Genebra que preveem que cabe aos Estados exercer a jurisdição universal⁷² com relação às violações graves, devendo levar os casos aos seus próprios tribunais.

Na senda dos estudos de Foley (2003, p. 74), o julgamento do acusado de tortura deve ser justo e imparcial, seguindo todos os trâmites de um processo interno, assim deverá o suspeito ter assistência jurídica e o seu direito de defesa respeitados, as vítimas e testemunhas devem ter segurança efetiva.

O judiciário tem a obrigação de cumprir, dentro do seu âmbito de jurisdição, as obrigações internacionais de investigar, levar à justiça e punir os autores de crimes de tortura. A ninguém será permitido pedir isenção em virtude de sua posição oficial. As anistias e outras medidas semelhantes que evitam que os autores de violações graves dos direitos humanos, tal como a tortura, sejam levados perante os tribunais, julgados e condenados são incompatíveis com as obrigações do Estado assumidas no direito internacional dos direitos humanos (cf. FOLEY, p. 74).

4.7 Da repressão

Ao determinar que o processo judicial será conforme o ordenamento nacional, fica subentendido, que “[a] punição pelos crimes de tortura será determinada pelo direito interno”⁷³ (cf. FOLEY, 2003, p. 76). Assim, prevê o art. 4º da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura que cabe ao Estado punir esses crimes com penas adequadas que levem em conta a sua gravidade. No entanto,

[s]e a lei não tipificar nenhum crime sob essa denominação, ou se os fatos não se enquadrarem em uma definição nacional que seja mais estreita do que a definição internacional, deverá, então, ser invocada a categoria de crime seguinte mais grave que abarque tais fatos. Dessa forma, é possível

⁷² A jurisdição universal consiste na “obrigação de punir ou fazer punir – *aut dedere aut judicare*” (cf. STEINER, 2012, p. 305) por parte do Estado mesmo que ele não seja parte no caso em concreto, independentemente do local em que tenha sido cometido o fato e da nacionalidade dos envolvidos, em situações como a prática de tortura e o consenso em sua punição, os Estados estão obrigados a investigar e julgar, a fundamentação deste instituto é o direito internacional consuetudinário. “É permitido aos Estados, mesmo aqueles para os quais nenhuma dessas Convenções tem caráter vinculante, exercer a jurisdição universal se o suposto autor estrangeiro da tortura for encontrado em seu território, uma vez que o direito internacional costumeiro permite o exercício da jurisdição universal sobre a tortura” cf. FOLEY, 2003, p. 74.

⁷³ Cf. art 13 da Convenção das Nações Unidas contra a tortura: os Estados Partes deverão garantir às pessoas que aleguem ter sido submetidas a tortura em qualquer território sob a sua jurisdição o direito de apresentar queixa perante as autoridades competentes desses Estados, que procederão de imediato ao exame rigoroso do caso. Deverão ser tomadas medidas para assegurar a proteção do queixoso e das testemunhas contra maus tratos ou intimidações em virtude da apresentação da queixa ou da prestação de declarações.

assegurar que o tribunal aplique uma sentença proporcional à gravidade dos fatos e que seja evitada a aplicação prematura dos prazos prescricionais (cf. FOLEY, 2003, p. 76).

O art. 17 da Convenção contra a Tortura de 1984 prevê a criação de um Comitê contra a Tortura, este poderá receber informações concretas sobre casos de tortura praticados no território de um Estado Parte, convidando o referido Estado a cooperar na análise dessas informações, devendo o mesmo emitir um parecer sobre essas observações (art. 20).

Paralelo ao recebimento das informações supra citadas, também compete ao Comitê receber através do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, relatórios sobre as medidas que tenham tomado para cumprir os compromissos assumidos ao abrigo da Convenção no prazo de um ano a contar da data de entrada em vigor do diploma relativamente ao Estado parte interessado. Posteriormente, os Estados partes apresentarão relatórios complementares, de quatro em quatro anos, sobre quaisquer novas medidas tomadas e ainda todos os relatórios solicitados pelo Comitê. Os relatórios serão analisados pelo Comitê, o qual poderá fazer-lhes comentários de ordem geral que considere apropriados, transmitindo, de seguida, esses comentários aos Estados partes interessados. Estes Estados poderão comunicar ao Comitê, em resposta, quaisquer observações que considerem úteis (art. 19).

Sobre a investigação das violações sistemáticas de proibição sobre a tortura, o nº 4 do art 22 da Convenção especifica que o Comitê analisará as comunicações recebidas tendo em consideração todas as informações submetidas por ou em nome de um particular e pelo Estado parte interessado. No entanto, o Comitê só analisará a informação de um particular, após se certificar de que: a) essa questão não constitui objeto de análise por parte de outra instância internacional de inquérito ou de decisão; b) o particular já esgotou todos os recursos internos disponíveis; não se aplicará esta disposição aos casos em que os processos de recurso excedam prazos razoáveis, nem quando seja pouco provável que os processos de recurso venham a compensar a pessoa vítima de violação. O nº 6 do presente artigo prevê que as comunicações previstas no presente artigo serão analisadas pelo Comitê em

sessões à porta fechada, e no nº 7 temos que o Comité comunicará as suas conclusões ao Estado parte interessado e ao particular⁷⁴.

Em virtude dos artigos 4º e 5º da Convenção contra a Tortura, os Estados são instigados a promulguem leis prevendo sancionar os autores de atos de tortura. Conforme os trabalhos preparatórios, essas disposições são inspiradas das convenções que se relacionam à luta contra o terrorismo⁷⁵, elas estão fundadas sobre a noção de responsabilidade individual nos casos de infrações graves ao direito internacional humanitário.

Outros relatores e grupos de trabalhos designados pela Comissão dos Direitos do Homem das Nações Unidas devem prestar conta das alegações de tortura e submeter suas conclusões⁷⁶. Esses procedimentos existem também no Pacto Internacional relativo aos direitos civis e políticos, bem como nas convenções regionais relativas aos direitos do homem. No caso da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, esses mecanismos são obrigatórios e as decisões da Corte Europeia dos Direitos do Homem, condenatórias e executórias. A tortura está explicitamente mencionada na definição das infrações graves nas quatro Convenções de Genebra⁷⁷, que preveem que os Estados estão obrigados a tomar todas as medidas legislativas necessária para fixar as sanções penais adequadas para aplicar às pessoas que, tendo cometido ou dado ordens para que se cometa esses atos sejam citadas em seus próprios tribunais, qualquer que seja sua nacionalidade.

Sendo assim, a tortura é reconhecida como um ato que implica responsabilidade penal pessoal aos seus autores.

⁷⁴ Cf. Art. 21 e 22 da Convenção: estes procedimentos aplicam somente se o país interessado fizer uma declaração reconhecendo a competência do comitê contra a tortura para receber este tipo de comunicação. Mais sobre ver: Anistia Internacional, 1997, p. 226.

⁷⁵ Cf. Burgers; Danelius, (1998, pp. 56, 57 e 130), que menciona como fontes de inspiração a Convenção sobre a prevenção e a repressão das infrações contra as pessoas que gozam de proteção internacional, e também os agentes diplomáticos 1973, a Convenção internacional contra a tomada de reféns de 1979, ou a Convenção para a repressão da captura ilícita de aeronaves Convenção de Haia, 1970.

⁷⁶ Além do relator especial sobre a tortura, numerosos relatores por país, o relator especial sobre as execuções extrajudiciais, sumárias e arbitrarias, o Grupo de trabalho sobre a detenção arbitrária, e o Grupo de trabalho sobre os desaparecimentos forçados ou involuntários se aplicam aos casos de tortura e maus tratos.

⁷⁷ Cf. Art. 50 CGI, art. 51 CGII, art 130 CGCIII, e art. 147 CGIV.

4.8 Da reparação

O art. 14 da Convenção contra a tortura cuida da reparação garantida à vítima de um ato de tortura para que tenha o direito de obter uma reparação e de ser indenizada de forma justa, incluindo os meios necessários à sua completa reabilitação.

Essa garantia convencional deve ser assegurada pelo Estado que deve criar condições necessárias para que a vítima possa beneficiar das compensações pelos danos físicos e morais sofridos. “As vítimas de tortura e de maus tratos têm o direito de conhecer a verdade sobre o que lhes aconteceu, de ver os responsáveis serem levados à justiça e de receber reparação pelo mal que lhes foi feito” (cf. FOLEY, 2003, p. 76). Quando o crime de tortura for cometido por agente público, direta ou indiretamente, será da competência do Estado reparar o dano causado a vítima. “Quando estiver dentro da sua competência, os juízes devem garantir que as vítimas de tortura recebam uma reparação que reflita integralmente a gravidade do crime ao qual foram submetidas” (cf. FOLEY, 2003, p.77). Em caso de morte da vítima como consequência de um ato de tortura, a indenização reverterá a favor dos seus herdeiros. A previsão convencional não exclui qualquer direito a indenização que a vítima ou outra pessoa possam ter por força das leis nacionais.

Sobre a reparação devida às vítimas de tortura, Foley acrescenta que o

Relator Especial sobre o Direito à Restituição, Indenização e Reabilitação das Vítimas de Violações Graves dos Direitos Humanos[...] anexou em seu relatório final à Comissão das Nações Unidas sobre os Direitos Humanos em 2002, uma minuta sobre os princípios básicos e diretrizes sobre o direito a recurso e reparação para vítimas de violações dos direitos humanos internacionais e do direito humanitário (Princípios de Van Boven-Bassiouni) (cf. FOLEY, 2003, p. 77).

Os Princípios de Van Boven-Bassiouni reconhecem as seguintes formas de reparação:

- **Restituição:** devem ser tomadas medidas para restituir a vítima à situação na qual ela se encontrava antes de ocorrer a violação, inclusive a restituição de seus direitos legais, posição social, vida familiar, local de residência, propriedade e emprego.
- **Indenização:** devem ser tomadas as medidas para compensar a vítima por quaisquer danos economicamente passíveis de avaliação resultante de violações, inclusive danos físicos e mentais, danos emocionais, perda de oportunidades educacionais, lucros cessantes, custos médicos e/ou legais.

- **Reabilitação:** devem ser tomadas medidas para garantir cuidados médicos e psicológico, se necessário, além de serviços de assistência jurídica e social.
- **Satisfação e garantia de não-repetição:** devem ser tomadas medidas para assegurar a cessação completa das violações, divulgação pública da verdade por trás das violações, declaração oficial de responsabilidade e/ou pedido de desculpas, reconhecimento público das violações, bem como sanções judiciais e administrativas e medidas preventivas, inclusive treinamento em direitos humanos (apud FOLEY, 2003, p. 77).

A reparação e a indenização também estão previstas no art. 41 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem que estipula que a Corte Europeia de Direitos do Homem, atribuirá à parte lesada uma reparação razoável quando houver violação da Convenção e seus Protocolos⁷⁸. A Corte Interamericana de Direitos do Homem desenvolveu uma jurisprudência semelhante⁷⁹, outros órgãos convencionais têm recomendado o pagamento de uma indenização às vítimas de violação dos direitos do homem.

4.9 Da prevenção

A prevenção da prática da tortura tem uma importância primordial, no plano dos direitos do homem. Segundo o art. 2º, nº 1, a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes requer que todos os Estados Parte adotem *medidas legislativas, administrativas, judiciais ou de outra natureza com o intuito de impedir atos de tortura no território sob sua jurisdição*.

Essas medidas compreendem não só a proibição sem equívoco dos atos de tortura, como também formação policial e de segurança, a aplicação de diretivas precisas referentes aos tratamentos das pessoas privadas da liberdade, mecanismos nacionais de inspeção e supervisão e/ou introdução de um dispositivo que permite investigar as queixas relativas aos maus tratos.

Pkooijmans, relator da Comissão sobre a tortura da Nações Unidas diz que: *“a tortura nunca é um fenômeno isolado, começa nas prisões, bem antes, quando o respeito da dignidade humana e o direito a esse reconhecimento são excluídos* (KOOIJMANS, 1991, p.65). Assim, as medidas de proteção contra a tortura já devem estar previstas nos tratamentos dos prisioneiros e de outras pessoas detidas.

Para Emilio Ginés Santidrián, não se nasce torturador, mas se torna pois que

⁷⁸ Mais informações sobre o assunto ver: DANNEMANN, 1994. p. 171-175.

⁷⁹ Cf. Caso Velazques Rodrigues, julgamento de 29 de julho de 1988, série C nº 4 1988.

[...] se construye socialmente y hay determinadas relaciones sociales que favorecen su aparición. Un análisis serio de las causas de la tortura y de los malos tratos y, por lo tanto de las maneras de prevenir su incidencia, implica el conocimiento profundo del sistema donde se producen y del marco jurídico que lo rige, de manera que se puedan adoptar las medidas pro-activas y reactivas adecuadas [...] (cf. GINÉS SANTIDRIÁN, 2012, p. 279).

A obrigatoriedade de prevenir a tortura é de suma importância, para Peter Kooijmans (1991, p. 277), uma vez que o direito à dignidade é o mais íntimo de todos os direitos do homem. Neste sentido, foi adotado em 2002 o Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas contra a tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes que entrou em vigor no ano de 2006 cujo objetivo é prevenir a tortura e outros tratamentos cruéis através do estabelecimento de um sistema de visitas regulares efetuadas por órgãos nacionais e internacionais independentes a lugares onde pessoas são privadas de sua liberdade, conforme prevê o art. 1º do referido Protocolo.

O citado diploma prevê no art. 2º a criação de órgão internacional, o Subcomitê de prevenção da tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes que responde perante o Comitê contra a Tortura, composto por peritos que realizarão as visitas. O art. 3º obriga os Estados Partes a estabelecerem mecanismos nacionais de prevenção, que são órgãos nacionais de inspeção que visitam regularmente os locais de detenção e privativos da liberdade encarregados da prevenção da tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes e da verificação das condições da detenção⁸⁰.

Vital Moreira elucida que

[e]ste foco na prevenção representa um desenvolvimento inovador no sistema de direitos humanos das Nações Unidas, uma vez que os outros órgãos internacionais existentes só podem atuar depois de uma violação ter ocorrido. As visitas aos locais de detenção são dos meios mais eficazes para prevenir a tortura e melhorar as condições de detenção (cf. MOREIRA *et al*, 2013, p. 97).

Apesar de o Protocolo ser considerado um avanço nos mecanismos internacionais no combate a tortura, a sua aplicação, bem como as garantias de

⁸⁰ A criação deste mecanismo inspira-se no Comitê Europeu para a prevenção da tortura e penas ou tratamento desumano ou degradante estabelecido pela Convenção Europeia para prevenção da tortura, sendo o primeiro mecanismo não judicial para proteger pessoas privadas da liberdade.

prevenção só serão aplicadas no sistema nacional após harmonizar as disposições legais internas com as normas internacionais, sendo na prática criadas estruturas para a implementação, denúncia e monitorização viáveis e imparciais (cf. MOREIRA *et al*, 2013, p. 97).

De forma sintética, Vital Moreira apresenta nos estudos por si organizados os três aspectos principais que devem ser implementados para uma prevenção eficaz à tortura

1. Estabelecer um **quadro legal eficaz** e assegurar a sua **completa implementação**, assim como aplicar as **garantias** apropriadas para a prevenção de tortura – por exemplo, garantias fundamentais de quem se encontra privado da sua liberdade (acesso a advogados, médicos, juízes, etc.) e a proibição de detenção em regime de incomunicabilidade;
2. Estabelecer **mecanismos de controlo**, em particular, mecanismos nacionais de **visita** a locais de detenção e autorizar a **monitorização e denúncia independentes** por organizações civis;
3. Formação contínua para os intervenientes, como agentes de polícia, guardas prisionais, advogados, juízes e médicos, etc. (cf. MOREIRA *et al*, 2013, p. 97).

Assim, concorda-se com o pensamento de Emilio Ginés Santidrián (2012, p. 281) para quem “cuando se habla del deber estatal de prevenir la tortura [...] se equipare com las responsabilidades que tiene el Estado en la prevención de los delitos”.

5 DA TORTURA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

5.1 A Constituição Federal e a proteção da pessoa humana

A Constituição Federal de 1988, também conhecida por Constituição Cidadã, possui como seu principal legado a democracia, seguindo os parâmetros da Carta dos Direitos Humanos, sua grande preocupação é com os direitos e garantias fundamentais individuais, que traduziu-se no Título II e seus cinco capítulos (art. 5º ao 17). Como “cerne essencial do sistema” (cf. FERREIRA FILHO, 2006, p. 169) constitucional, os direitos e deveres individuais e coletivos estão previstos no art 5º⁸¹ elencando em seus incisos a proteção real do Estado a todos os residentes, brasileiros e estrangeiros, consagrando o princípio da igualdade e da equiparação.

Dentre os princípios e garantias previstos pelo constituinte, foi eleito a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III da Constituição) como o direito que fundamenta o próprio Estado de Direito Democrático.

Aquele reconheceu na dignidade pessoal a prerrogativa de todo ser humano em ser respeitado como pessoa, de não ser prejudicado em sua existência (a vida, o corpo e a saúde) e de fruir de um âmbito existencial próprio (cf. AWAD, 2006, p. 113).

Adotando esta linha de raciocínio, Rizzato Nunes (2002, p. 45-46) nos diz que “[...] o principal direito fundamental constitucionalmente garantido é o da dignidade da pessoa humana [...] [sendo que] a dignidade é garantida por um princípio. Logo, é absoluta, plena, não pode sofrer arranhões nem ser vítima de argumentos que a coloquem num relativismo”.

Como já visto ao longo do estudo, a dignidade da pessoa humana é incompatível com a prática de tortura, e sendo a dignidade o direito fundamental de eleição de nossa Carta Magna, a sua prática e de qualquer outro meio desumano e degradante está proibido, como declara o inciso III do art. 5º da Lei Maior: *ninguém*

⁸¹ O art. 5º compreende as chamadas cláusulas pétreas previstas no art 60, parágrafo 4º da Constituição, essas cláusulas são limitações matérias ao constituinte derivado imposta pelo originário, que visa impedir alterações ou revogações de direitos que formam nas palavras de Alexandre de Moraes (2006, p. 621) o “núcleo intangível” constitucional. Para Adriano Sant’Ana Pedra (2005, p.94) essas cláusulas representam “[...] a conservação da identidade e dos princípios fundamentais da Constituição”.

Sobre os direitos e garantias individuais, a doutrina defende que estes não se limitam ao art. 5º mas se estendem por toda a Constituição, este entendimento está escrito no próprio parágrafo 2º do citado artigo. Mais sobre esse assunto ver MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 258.

será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante, como complemento a esta medida o inciso XLIII do mesmo artigo dispõe que a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura.

Apesar dessa consagração legal a partir de 1988, nem sempre a tortura foi um ato proibido ao longo da história do Brasil. Sendo, portanto, necessário um breve esclarecimento sobre a presença desta figura em *terras brasilis*.

5.2 A figura da tortura e sua presença na construção constitucional brasileira

A prática da tortura aporta no Brasil com a colonização pela metrópole lusitana. Prática aceita em Portugal quinhentista no qual ainda vigorava a institucionalização do Tribunal do Santo Ofício da Inquisição. Assim, no período colonial os atos de tortura eram socialmente aceites sendo aplicados principalmente contra os índios (como medida cujo fim era a catequização) e escravos (cujo o fim era a disciplina e forma de punição).

Com a Independência, em 1824 e a proclamação da primeira constituição, a Constituição Política do Império do Brasil, determinou-se no art. 179, incisos 19 e 21, que *desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis, e as cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza de seus crimes*, bem como previa a legalidade das prisões.

Contudo, tal determinação legal não foi suficiente para colocar fim à prática de tortura, principalmente contra os negros escravizados. O Código Criminal do Império de 1830 declarava que se o réu fosse escravo poderia ser condenado ao açoite sendo o seu senhor obrigado a mantê-lo com um ferro pelo tempo e maneira designada pelo juiz, quando não fosse condenado a pena capital ou de galés. Tal entendimento pode-se verificar na letra da lei prevista no art. 60: *se o réu for escravo, e incorrer em pena que não seja a capital ou de galés, será condenado na de açoites e, depois de os sofrer, será entregue ao seu senhor, que se obrigará a trazê-lo com um ferro pelo tempo e maneira que o juiz o designar. O número de açoites será fixado na sentença e o escravo não poderá levar por dia mais de cinquenta.*

Com a Constituição da República de 1891 as penas de galés, banimento e morte são abolidas. O Código Penal substituí também as penas corporais por restrição de liberdade em prisões, estes lugares no entanto não estavam adstritos ao cumprimento de penas também tinham a finalidade de cura e reabilitação onde o condenado deveria aprender a “[...] readaptar-se à sociedade civil” (cf. CASSESE, 1996, p. 129).

A Constituição de 1934 também segue a de 1891, quanto à proibição das penas de banimento e morte acrescentando também a proibição ao confisco ou penas de caráter perpétuo. O Estado Novo, que passa a vigorar a partir de 1937 é um exemplo que mostra que apesar das legislações proibirem a prática da tortura e tratamentos desumanos e afins, na prática está ainda encontra-se em pleno uso, reintroduzindo por força legal à pena de morte (Decreto-Lei nº 898, de 29 de setembro de 1969), para crimes contra o Estado. As Constituições de 1946 e de 1967 no entanto retornam às idéias vistas na Carta Magna de 1934.

No entanto, é a partir de 1964 que a liberdade e a dignidade humana são relegados a um segundo plano no cenário nacional. A tortura e as penas cruéis, desumanas e degradantes são institucionalizadas pelo governo militar como práticas que visam a obtenção de informações ou meramente como forma de punição aplicadas contra opositores políticos⁸², em nome da pátria e segurança nacional.

Será com a Constituição de 1988, após o processo de redemocratização do país que a prática da tortura será proibida com força constitucional, sendo um crime inafiançável e insuscetível de anistia equiparável aos crimes hediondos, conforme visto no item anterior previsto no art. 5º incisos III e XLIII. Essa previsão constitucional tem como inspiração a Convenção Americana de Direito Humanos de 1969.

⁸² Foi instituído em 2012 a Comissão da Verdade criada pela Lei nº 12.528/2011 cuja finalidade é apurar as graves violações de Direitos Humanos ocorridas entre 18 de setembro de 1964 e 5 de outubro de 1988 principalmente os casos de tortura, mortes, desaparecimentos forçados e ocultação de cadáveres. O mandato da Comissão foi prorrogado até dezembro de 2014 pela medida provisória nº 632, dentre os objetivos está a análise da constitucionalidade da Lei 6.683 de 28 de Agosto de 1979 (Lei de Anistia) no qual se pretende uma revisão no texto ou em sua interpretação. Para saber mais sobre a Comissão ver o portal <http://www.cnv.gov.br/>. Sobre esta questão, Fábio Konder Comparato (2010, p. 7) advoga que “[...] fica patente que a decisão tomada pelo nosso Supremo Tribunal Federal ao julgar a arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153, de que a lei de anistia de 1979 desconstituiu os crimes abjetos, notadamente a tortura, praticados pelos agentes públicos do regime militar contra opositores políticos, infringiu descaradamente o sistema internacional de direitos humanos”.

A tipificação do crime de tortura por lei ordinária ocorrerá pela primeira vez em 1990 com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069 de 13 de Julho de 1990, no art. 233 que previa que a submissão de criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a tortura acarretará em pena de reclusão de um a cinco anos, se resultar em lesão corporal grave a pena aplicada será de reclusão de dois a oito anos, lesão corporal gravíssima reclusão de quatro a doze anos e por fim, resultar em morte, a pena será de reclusão por quinze a trinta anos.

A Lei de crimes hediondos, Lei nº 8.072 de 25 de Julho de 1990 em consonância com o art. 5º, inciso XLIII da Constituição Federal também prevê que não será susceptível de anistia, graça e indulto a prática de tortura (art. 2º, inciso I), tampouco este crime é passível de fiança (art. 2º, inciso II). Contudo, nem o Estatuto da Criança e nem a Lei de crimes hediondos apresentou uma conceituação legal para o crime de tortura.

No entanto, a conduta só será tipificada como criminosa em 1997 após episódios como Diadema e Favela Naval, quando entra em vigor a Lei nº 9.455 de 7 de Abril de 1997. A doutrina, conforme apontam Cristina Cirenza e Cleyton Nunes (1998, p. 405 – 444), critica a demora do legislador ordinário em tipificar a tortura por lei infraconstitucional.

5.3 O crime de tortura e sua abrangência pela Lei nº 8.072/90

A Lei nº 8.072 de 25 de Julho de 1990 dispõe sobre os crimes hediondos nos termos do art. 5º, inciso XLIII da Constituição Federal. A definição de hediondo o qualifica como um ato depravado, vicioso, sórdido, repugnante, nojento (cf. Novo Dicionário da Língua Portuguesa, 2010, p. 998). Contudo, a legislação, nas palavras de Alberto Toron (1999, p. 32), “[...] acertadamente, preferiu catalogar as infrações penais [...]” ao invés de fazer uma definição.

Alberto Silva Franco (2005, p. 45), no entanto, crítica esta posição adotada pelo legislador, uma vez que no projeto de lei apresentado ao Congresso Nacional a definição do que seria crime hediondo estava prevista, clarificando portanto, o que entendia ser a hediondez do crime. O autor se refere a introdução da categoria de crimes hediondos na Constituição Federal como um depósito de “[...] ovos de serpente no texto constitucional” (apud COSTA, 2011, p. 533). “As dificuldades de

se fazer uma definição legal de crime hediondo dizem com a própria dificuldade de se proceder a uma definição material de delito, ancoradas no caráter danoso do ato ou *no antagonismo da conduta com a moral*” (cf. MIRABETE, 1998. p. 92).

A legislação de 1990 previa como crime hediondo os crimes de latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante sequestro, estupro, atentado violento ao pudor, epidemia com resultado em morte, envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal e o genocídio. Em 1994 a redação do art. 1º que tipificava os crimes hediondos foi alterado pela Lei 8.930 de 6 de Setembro de 1994⁸³ que passou a considerar como crime hediondo todos os crimes tipificados no Código Penal na forma consumada ou tentada, passando agora o homicídio qualificado a também fazer parte da lista dos crimes considerados hediondos.

É de notar que a Lei dos crimes hediondos não cria novos crimes, *novatio legis*, porém agrava a situação do réu, *novatio legis in pejus*, uma vez que acredita-se serem essas práticas as mais violentas contra o bem jurídico tutelado.

Os estudos de Renato Brasileiro de Lima nos clarifica que

[o] critério adotado pela legislação brasileira para rotular determinada conduta como hedionda é o *sistema legal*⁸⁴. De modo a saber se uma infração penal é (ou não) hedionda, incumbe ao operador tão somente ficar atento ao teor do art. 1º da Lei nº 8.072/90: se o delito constar do rol taxativo de crimes ali enumerados, a infração será considerada hedionda, sujeitando-se a todos os gravames inerentes a tais infrações penais, independente da aferição judicial de sua gravidade concreta. [...] se a infração penal praticada pelo agente não constar do art 1º da Lei nº 8.072/90, jamais será possível considerá-la hedionda, ainda que as circunstâncias fáticas do caso concreto se revelem extremamente gravosas (cf. LIMA, 2014, p. 31).

Ou seja, o art. 1º da Lei dos crimes hediondos está adstrita ao princípio da taxatividade, não podendo ser aplicada uma interpretação extensiva nem analógica.

⁸³ Essa nova classificação é feita com o apoio do movimento popular liderado pela escritora Glória Perez após o homicídio de sua filha a atriz Daniela Perez, cometido pelo ator Guilherme de Pádua em coautoria com sua esposa Paula Tomaz em 1992. Após abaixo assinado realizado pela escritora o crime de homicídio qualificado previsto no art. 121, parágrafo 2º do Código Penal passou a constar na lista dos crimes hediondos (cf. CAPEZ, 2011, p. 71).

⁸⁴ A classificação do crime como hediondo obedece o sistema legal (cabe ao legislador enunciar de forma exaustiva os crimes considerados hediondos); sistema judicial (considerando determinados elementos do caso em concreto, confere-se ao magistrado liberdade para identificar a natureza hedionda da conduta delituosa) e por fim sistema misto (o legislador apresenta um conceito cabendo ao juiz enquadrar a conduta delituosa como hedionda). Foi adotado pelo nosso legislador penal o sistema legal uma vez que com a estipulação de um *numerus clausus* não se confere ao juiz qualquer discricionariedade. Para saber mais sobre ver Lima, 2014, p. 29 – 30.

No art. 2º do citado diploma, tem-se uma equiparação dos crimes tratados na lei e os crimes de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo.

Muitas foram as discussões doutrinárias acerca desta equiparação, principalmente no tocante à progressão de pena, porque que a Lei 8.072/90, não possibilitava a progressão, devendo o condenado cumprir toda a sua pena em regime integralmente fechado.

Com a entrada em vigor da Lei nº 9.455/97, a Lei da Tortura, inova possibilitando tal benefício, nos termos do art. 1º, parágrafo 7º, *o condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado*, assim, menciona que o início será pelo regime mais grave, subentende-se que haverá tal progressão. O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula nº 698 entende que a modificação quanto a progressão do regime aplicada ao crime de tortura não poderá se estender ao demais crimes hediondos e equiparados.

No entanto, em 2007 com a promulgação da Lei nº 11.464 de 28 de Março de 2007 a Súmula perde fundamento, pois é declarado a inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime prevista na Lei 8.072/90. Sendo assim, a atual redação da Lei dos crimes hediondos prevê expressamente no art. 2º, 2º parágrafo: *a progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente*. Admitida a progressão de regime, a doutrina discute também a possibilidade de substituição da pena, sendo tal entendimento atribuído à figura do *sursis*⁸⁵.

O art 2º da Lei dos crimes hediondos ao se adequar à previsão constitucional prevê que o crime de tortura não será passível de anistia, graça, indulto e fiança. Por anistia entende-se ser a extinção da punibilidade do ato cometido pelo agente, ou

⁸⁵ Sistema de origem franco-belga tem por objetivo levar o “[...] juiz a prolatar a sentença condenatória de maneira condicional, isto é, se o apenado condicionalmente cumpre, durante certo tempo, as condições da condenação, é a condenação em si que desaparece. [...] O sistema atualmente vigente no Brasil é o da suspensão condicional da execução penal, isto é, a variável franco-belga, mas não inteiramente pura, pois a condenação subsiste. Sua natureza a este respeito não deixa margem a dúvidas, tendo-se em consideração o disposto pelo art. 82 do CP: ‘Expirado o prazo sem que tenha havido revogação, considera-se extinta a pena privativa de liberdade’” (cf. ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 725-726). Os requisitos para a suspensão condicional da pena estão previstos no art. 77 do Código Penal. Para maior entendimento sobre o regime jurídico do *sursis* ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 725 e ss; CAPEZ, 2011, p. 71 e ss.

seja, é uma espécie de perdão ao ato, normalmente relacionado a crimes políticos, tornando impune o(s) autor(es) e suspendendo os efeitos das penas. A anistia só poderá ser concedida pelo Congresso Nacional por via de lei federal.

A graça será o perdão concedido pelo Presidente da República por meio de decreto, no entanto, ao contrário da anistia, a graça é dada à pessoa e não referente ao fato. Sobre a graça João Leal (2009, p. 185) afirma “[...] é o poder do Estado de conceder clemência de perdoar determinados criminosos ou de extinguir, da memória político jurídica, certos crimes”⁸⁶.

O indulto, será concedido pelo Presidente da República por meio de decreto aos condenados a penas privativas de liberdade, de caráter coletivo visa atingir várias pessoas com a mesma medida. Porém o art. 5º, inciso XLIII da Constituição não prevê o indulto, proibindo apenas a graça, a anistia e a fiança. No entanto, o Supremo Tribunal Federal através da ação direta de inconstitucionalidade – ADI 2795 MC/DF afirma sobre a constitucionalidade do art. 2º, inciso I.

A fiança é um direito subjetivo constitucional segundo Mirabete (2008, p.415) que permite ao acusado “[...] mediante caução e cumprimentos de certas obrigações, conservar sua liberdade até a sentença condenatória irrecorrível”.

Fiança é uma garantia real, consistente no pagamento em dinheiro ou na entrega de valores ao Estado, para assegurar o direito de permanecer em liberdade, no transcurso de um processo criminal. Considera-se a fiança uma espécie do gênero caução, que significa garantia ou segurança. Diz-se ser a caução fidejussória, quando a garantia dada é a pessoal, isto é, assegurada pelo empenho da palavra da pessoa idônea de que o réu vai acompanhar a instrução e apresentar-se, em caso de condenação. Esta seria a autêntica fiança. Com o passar dos anos, foi substituída pela denominada caução real, que implica o depósito ou a entrega de valores, desfigurando a fiança (cf. NUCCI, 2010, p. 615 – 616).

Em decorrência da proibição de fiança ao crime de tortura, a doutrina e a jurisprudência discutem sobre a aplicabilidade de liberdade provisória, uma vez que para esta é necessário se cumprir com uma prestação pecuniária, a fiança. Prevista no art. 5º, inciso LXVI da Constituição a proibição a liberdade provisória estava presente na redação original da Lei de crimes hediondos, no entanto a Lei nº 11.464/2007 vem possibilitar a sua concessão, mesmo não havendo fiança, seguindo o entendimento da Súmula 697/STF: *a proibição da liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual*

⁸⁶ Para um maior entendimento sobre as discussões doutrinárias sobre a graça e sua distinção da anistia ver LEAL, 2009, p. 185 e ss.; MONTEIRO, 2008, p. 142 e ss.

por excesso de prazo. Porém entendimento diverso pode-se verificar no HC 93.229/SP, do STF e o HC 93591/MS, do STJ, para os quais a liberdade provisória com ou sem fiança não é aplicável por força do veto constitucional à fiança ao crime de tortura (art.5º, XLIII da Constituição).

No parágrafo 3º do art 2º está previsto a possibilidade de se recorrer em liberdade desde que nesse sentido fundamente o juiz. Sobre essa questão entende o Supremo Tribunal de Justiça que só nas hipóteses previstas no art. 312 do Código de Processo Penal será imposto ao réu recolhimento provisório.

O 4º parágrafo prevê a prisão temporária, com o prazo de trinta dias.

Antes da existência de legislação prevendo o crime de tortura, quando este delito era caracterizado, se apresentava como fim ou meio de execução de outros crimes, homicídios, lesão corporal, abuso de autoridade, etc. Alguns institutos autônomos, como o previsto no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, já definiam punições mais severas caso comprovada a tortura, mas a título de exceção. Com a edição da lei alcança-se, no Brasil, novo patamar jurídico.

Neste diapasão, conclui-se que a principal diferença entre os crimes definidos na Lei da Tortura e dos Crime hediondos, basicamente figura-se no tocante à progressão de regime.

5.4 A tortura no Brasil e o surgimento da Lei nº 9.455/97

Com o advento da Lei nº 9.455 de 7 de abril de 1997 as discussões sobre a compreensão do que seja tortura foi sanado, revogando a previsão do art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Antes da promulgação desde diploma, a tortura era inferida através do processo de integração de tratados e convenções internacionais, como por exemplo, Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948); Carta das Nações Unidas (1945); Convenção Americana de Direitos Humanos (1969); Convenção contra a tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos e degradantes (1984) e Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura (1985).

A Lei 9.455/97 é o principal instrumento contra a tortura no âmbito nacional, no entanto, afirma a doutrina que “[...] o Brasil levou quase 50 anos para tipificar a conduta criminosa da prática de tortura, desde que se tornou signatário da

Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948” (cf. SILVA; LAVORENTI; FABIANO, 2002, p. 145). Embora já fosse signatário da citada Declaração quando instituiu a tortura como prática para obtenção de informações durante a ditadura militar. Porém foi a “[...] ocorrência de um fato de suma gravidade, como o da favela Naval, de Diadema, Grande São Paulo, que despertou no legislador a necessidade de apressar-se em tratar da tortura como crime autônomo” (cf. JURICIC, 1999). Apesar do avanço que a legislação em causa representa para o cenário nacional, os fatos subjacentes ao seu surgimento são lamentáveis.

O artigo 1º, I, a, b, c, da Lei 9.455/97 descreve três crimes de tortura, diferenciados pelo objetivo perseguido pelo agente, surgindo as denominações “tortura-prova”, “tortura para a prática de crime” e “tortura-racismo”.

O tipo objetivo, consiste em constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental, com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; para provocar ação de natureza criminosa e em razão de discriminação racial ou religiosa.

O crime deve ser praticado com emprego de violência ou grave ameaça, mas não necessariamente a partir da utilização de instrumentos de tortura, comuns à época da ditadura militar. A violência constitui esforço físico visando demover a resistência do ofendido. A grave ameaça consiste na promessa de um mau futuro, sua gravidade é aferida pelas condições pessoais em que a vítima se encontrava no momento do crime.

Exige-se que o constrangimento acarrete sofrimento físico ou mental à vítima, que é resultado do crime, qualificando-os como elemento normativo extra jurídico, na medida em que sua constatação deve ser obtida a partir de um juízo de valor do interprete sobre as circunstâncias do caso concreto.

O bem jurídico protegido é a integridade física e mental do ser humano. Na hipótese de o crime ser praticado por funcionário público, tutela-se igualmente o bom funcionamento da Administração Pública no que se refere ao dever estatal de preservação da integridade física e mental das pessoas.

Para a configuração do crime de tortura não é necessária a produção de lesões corporais, bastando a imposição à vítima de sofrimento físico ou mental. Se a violência física consistir em vias de fato, estas serão absorvidas pela tortura. Se a tortura produzir lesões, estas também serão absorvidas, mas se houver lesão grave ou gravíssima, ou mesmo morte, não haverá absorção, mas sim concurso formal de

crimes. E, por se tratar de crime material segundo o resultado naturalístico é perfeitamente possível a tentativa. Trata-se de crime de ação penal pública incondicionada.

O elemento subjetivo, é o dolo, com o objetivo predeterminado e especial, denominado por parte da doutrina “dolo específico”. As alíneas a, b, e c do nº I do art. 1º, revelam qual a finalidade especial que deve ser seguida pelo agente, contudo, elas são alternativas, bastando a ocorrência de uma para configurar o crime.

Na alínea “a” o agente comete crime com o fim de obter declaração da vítima ou terceiro. É a denominada “tortura prova”. É irrelevante a natureza da informação, declaração ou confissão perseguida, tampouco se exige a efetiva obtenção de declaração.

Na alínea “b” o agente comete o crime para provocar a ação ou omissão de natureza criminosa. Caso a ação ou omissão de natureza criminosa também seja praticada, o agente responderá tanto por esta última como pela tortura, segundo a regra do concurso material. Em relação a vítima podem ocorrer duas situações, se houver emprego de violência física, a hipótese será de coação física irresistível, isentando-se a vítima de qualquer punição. Se a vítima for constrangida a praticar contravenção penal, o crime de tortura não se configura, pois a lei exige ação ou omissão de natureza criminosa. Não parece a solução mais acertada, na medida em que a expressão “natureza criminosa” abrange o ilícito penal em amplo sentido.

Além do mais, se na alínea “a” o agente é punido por conta da tortura empregada com o fim de obter declaração, confissão ou informação da vítima ou de terceiro, com muito mais razão justifica-se sua punição quando constrange a vítima a cometer uma contravenção penal, preenchidas as demais elementares.

Por fim, na alínea “c” o agente comete o crime em razão de discriminação racial ou religiosa, é a determinada tortura racista. Nesta hipótese não há dolo específico propriamente dito, mas sim motivo de crime, o qual é praticado em razão de discriminação racial ou religiosa. A lei foi omissa quanto à discriminação por nacionalidade, região do país, política, sexual, sadismo. Nestes casos, não haverá crime de tortura, mas sim outro do Código Penal (lesões corporais).

A tortura castigo é submeter alguém, sob guarda, poder, autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Há necessidade

de um vínculo de direito ou de fato entre o sujeito ativo e passivo, que se manifesta pela guarda, poder ou autoridade, seja de direito público ou privado, seja de fato, desde que evidencie a ideia de sujeição. Vale ressaltar que o vínculo de fato não precisa ser necessariamente lícito, como, por exemplo, a hipótese do sequestrado torturado pelo sequestrador por comportar-se mal ou dirigir-lhe a palavra. O crime deve ser praticado por meio da violência física ou grave ameaça, seja de forma comissiva ou omissiva.

No caso de omissão por parte de autoridade diante das práticas elencadas no 2º parágrafo do art. 1º da Lei, aplica-se pena de prisão de um a quatro anos, no entanto a omissão não constitui crime de tortura.

O crime qualifica-se como comum ou impróprio, na medida em que pode ser praticado por qualquer pessoa que exerça a guarda ou autoridade sobre a vítima, independente de uma qualificação relacionada a um cargo ou função na Administração Pública. Da mesma forma, é comum em relação ao sujeito passivo, pois poderá ser praticado contra qualquer pessoa, não sendo necessário uma qualificação do sujeito passivo para que o conceito do crime seja preenchido.

A doutrina nos esclarece que a classificação do crime como próprio é atribuída à qualidade definida do sujeito ativo como pode-se verificar na Convenção contra a Tortura das Nações Unidas e na Convenção Interamericana de prevenção a tortura, diplomas que preveem que o crime de tortura só se configurará quando o sujeito ativo por um agente público ou pessoa no exercício da função pública⁸⁷, sendo assim, esses diplomas tratam de um crime próprio.

Seguindo esta mesma interpretação, a lei nacional ao não qualificar, delimitar o sujeito ativo, pretende-se aplicar tanto a pessoas privadas quanto a funcionários públicos, a classificação do delito será de impróprio ou comum. Nesse sentido, é de se concordar com o pensamento de Francisco de Assis Toledo para quem

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 e especialistas internacionais, longe de nossa realidade, preocupados com

⁸⁷ Para Capez (2011, p. 286); Damásio de Jesus (2002, p. 187 – 223); Nelson Húngria (1979, p. 42 – 58) o crime próprio é aquele que “só pode ser cometido por determinada pessoa ou categoria de pessoas, como o infanticídio (só a mãe pode ser autora) e os crimes contra a Administração Pública (só o funcionário público pode ser autor). Admite a autoria mediata, a participação e a coautoria” sendo o seu oposto o crime comum, aqui considerado impróprio, que pode ser cometido por qualquer pessoa.

perseguições a dissidentes políticos, para a elaboração de nossa lei sobre tortura (cf. TOLEDO apud FRANCO, 2005, p. 126).

Essa classificação não é pacífica na doutrina, Alberto Silva Franco crítica, a legislação nacional, quanto a este aspecto, para o autor o fato da tortura não ter sido estruturada "como crime próprio — aquele que requer, no sujeito ativo, uma determinada qualidade — mas sim, como crime comum, isto é, aquele que pode ser executado por qualquer pessoa" (cf. FRANCO, 1997, p. 103) distancia a norma das Convenções que exigem que seja o sujeito ativo do tipo penal agente público. Para Alejandro del Toro Marzal (apud FRANCO, *op. cit.*) "a tortura deve ser castigada em si mesma e por si mesma, em razão de seus detestáveis métodos e por seus fins contrários à liberdade e à dignidade". No entanto, para Vives Antón (apud FRANCO, *op. cit.*) "o que dá substantivação ao delito é o abuso de poder vinculado ao atentado contra as garantias, penal e processual. Os fatos realizados por particulares não podem reunir esses dados característicos e, em qualquer caso, para seu castigo há uma larga série de figuras genéricas".

As convenções internacionais que versem sobre direitos humanos à época dos estudos desenvolvidos por Franco tinham status de norma constitucional por força do art. 5º, parágrafos 1º e 2º da Constitucional, entretanto, após 2004, com a Emenda Constitucional nº 45 tratados e convenções internacionais sobre matérias de direitos humanos que forem aprovados no Congresso Nacional serão equivalentes às emendas constitucionais. Sendo assim, há uma integração automática no direito interno das normas de direito internacional respeitantes aos direitos humanos, neste sentido, Franco afirma que

[...] a partir dessa interpretação, é evidente que o tipo de tortura, na legislação penal brasileira, não poderia destoar flagrantemente da definição contida nas convenções internacionais [...]. Destarte, o conceito de tortura, como crime próprio, já faz parte do ordenamento jurídico brasileiro, em grau constitucional [...] Assim, a lei ordinária que desfigure a tortura de forma a torna-la um delito comum e não próprio, está eivada de manifesta inconstitucionalidade (cf. FRANCO, 1997, p. 104).

No entanto, a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura define que não se deverá restringir qualquer instrumento nacional ou internacional que contenha dispositivos mais amplos, sendo assim pode-se considerar legítima a tipificação da lei brasileira como um crime impróprio (cf. FREITAS, 2009, p. 172).

O crime consuma-se no momento em que a vítima é submetida a intenso sofrimento físico e mental. Por se tratar de crime material, admite-se a tentativa, trata-se de crime de ação penal pública incondicionada, o dolo, o elemento subjetivo, contudo exige-se que o agente cometa o crime com a finalidade de aplicar castigo pessoal à vítima ou como medida de caráter preventivo.

5.4.1 Pouca aplicabilidade da lei de tortura

Embora seja um avanço legal a tipificação do crime de tortura através da Lei nº 9.455/97, poucas ainda são as situações em que de fato pode-se aplicar a norma. Conforme os estudos de Cleuton Silva

[...] poucos são os casos em que se consegue aplicar tal lei, pois, conquanto haja a conduta degradante e absolutamente desumana, ou seja, o constrangimento com emprego de violência ou grave ameaça, não estão na maioria das vezes, irrigadas com as circunstâncias elementares necessárias para a tipificação destas condutas como tortura (cf. SILVA, 2012).

Desta forma, a excludente de culpabilidade para a tipificação desde crime de *per si* pode, dependendo da ocupação do autor do crime ou meio pelo qual usou da violência, preencher vários outros tipos penais que não o da tortura. Neste sentido, advoga Júlio Fabbrini Mirabete

Ao prever o crime de tortura tão-somente nas situações estabelecidas no art. 1º, I e II, e § 1º, da lei nº 9.455/97, o legislador atendeu a orientação de Convenções Internacionais, restringindo-a àquelas situações nas quais normalmente o poder de autoridade do agente se exercita de forma ilícita, com o propósito de constranger alguém a confissões e castigos a pessoas que estejam sob seu poder, guarda ou vigilância; desta forma, não se configura o crime em referência quando o agente provoca, por violência ou grave ameaça, sofrimento físico ou mental, se inexistentes as circunstâncias elementares dos tipos previstos na lei especial” (cf. MIRABETE. 1997).

Ou seja, para preenchimento do objetivo da norma, o sofrimento físico e mental tem que ter sido deferido com uma das finalidades prevista nas alíneas “a, b e c” do art 1º, número I. Assim, algumas condutas típicas em nosso ordenamento penal que se contrapõe com o crime de tortura, como por exemplo os arts. 344;146; 136; 122, § 2º, III; 148; 159 e 219, todos do Código Penal, onde as diferenças estão em alguns elementos e circunstâncias do tipo.

Exemplo dessa situação relatada pode ser verificada nos crimes de sequestro ou cárcere privado (art. 148); extorsão mediante sequestro (art. 159) e rapto (art. 219). A prática de violência ou grave ameaça contra a vítima estão sempre presentes nos crimes em destaque, causando portanto sofrimentos físicos ou mentais, no entanto, a prática de tortura só poderá ser configurada quando seja comprovada o emprego de técnicas de tortura como choque elétrico, asfixia parcial, privação do sono, dentre outras técnicas com o intuito de obter umas das finalidades descritas na Lei nº 9.455/97.

Mas a dificuldade de se enquadrar a conduta à norma também é corroborada por outros fatores além do caráter interpretativo como relatado por Mirabete. Conforme declara Foley (2011, p. 42) “[h]á uma enorme lacuna entre a teoria e a prática no que se refere à proteção dos Direitos Humanos no Brasil, e o principal desafio que as autoridades brasileiras enfrentam é como preencher tal lacuna”. Em causa está a falta de coordenação entre as instituições, juntamente com a inércia destas e a “falência de vontade política das autoridades nacionais e estatais” (cf. FOLEY, 2011, p. 42).

Somado a esses fatores, há no país uma ideia de que a prática da tortura é justificável quando esteja relacionada ao combate à criminalidade, neste sentido, conclui o governo brasileiro no Relatório Nacional apresentado ao Conselho de Direitos Humanos da ONU no âmbito da Revisão Periódica Universal em 2008,

[o]s principais desafios para a plena erradicação da prática da tortura no país consistem na resistência de agentes públicos a denunciar e investigar casos praticados por colegas de profissão, no medo das vítimas e de seus familiares de denunciar a tortura, e na percepção equivocada de parte dos agentes públicos e da população de que a prática de tortura seria justificável no contexto de ações de combate à criminalidade. [...] A vigência de uma ditadura ao longo de vinte anos (1964-1985) contribui para explicar as dificuldades existentes, ainda hoje, para conciliar a promoção da segurança pública em um marco de pleno respeito aos direitos humanos⁸⁸ (apud FOLEY, 2011, p. 42).

Ou seja, a falta de denúncia, de investigação e uma certa conveniência social fazem com que a norma não seja aplicada, criando abismos entre a lei e a realidade.

Conor Foley analisando os Relatórios de órgãos internacionais sobre a prática da tortura no Brasil, denúncia que em muitas penitenciárias, o Estado não exerce

⁸⁸ Relatório Nacional apresentado em conformidade com o parágrafo 15(a) do anexo à Resolução 5/1 do Conselho de Direitos Humanos, Brasil, Grupo de Trabalho sobre a Revisão Periódica Universal, Primeira Sessão, Genebra, 7-18 de abril de 2008, A/HRC/WG.6/1/ BRA/1, 7 de março de 2008, pars. 56 e 57. – cf. FOLEY, 2011, p. 42.

controle suficiente sobre os detentos permitindo que as associações criminosas resolvam entre si as questões de segurança interna, bem como o controle da disciplina interna, distribuição de alimentos, medicamentos e kits de higiene; e que todo preso está associado a uma dessas facções, ligação essa voluntária (quando já pertencia a uma facção em sua vida pré-carcerária) ou forçada (quando o preso se recusa a se identificar como membro de uma facção, a própria Administração faz essa escolha), o que colabora para o crescimento de grupos criminosos e a existência de uma “justiça” paralela na qual é a prática da tortura é amplamente difundida dentro e fora das penitenciárias (cf. FOLEY, 2011, p. 43-44).

O Comitê contra a Tortura das Nações Unidas, em visita ao Brasil em 2005 relatou que a “superpopulação endêmica, condições insalubres de confinamento, calor extremo, privação de luz e confinamento permanente (fatores com consequências graves para a saúde dos presos), juntamente com a violência generalizada” (apud FOLEY, 2011, p. 45) são formas generalizadas e sistemáticas de manifestação da tortura no sistema penitenciário.

Também observou que juízes(as) não aplicam a lei sobre o crime de tortura e preferem classificar os casos como lesão corporal ou abuso de autoridade. O CCT recomendou que a lei sobre o crime de tortura seja interpretada em conformidade com o artigo 1º da Convenção e que as denúncias que aleguem tortura cometida por funcionários públicos devem ser investigadas de forma imediata, imparcial e completa, e os acusados, processados (apud FOLEY, 2011, p. 45).

Desta feita, verifica-se a pouca aplicação prática da Lei nº 9.455/97, bem como um malabarismo jurídico para a não imputação do crime de tortura nos casos em que ele está presente, um discurso penal falso e uma inatividade ou mesmo complacência do Estado, estando o discurso de Raúl Eugênio Zaffaroni sempre atual

Não é nem um produto de má-fé, nem de simples conveniência, nem o resultado da elaboração calculada de alguns gênios malignos, mas é sustentado, em boa parte, pela incapacidade de ser substituído por outro discurso em razão da necessidade de ser substituído por outro discurso em razão da necessidade de se defenderem os direitos de algumas pessoas” (cf. ZAFARRONI, 2001. p. 14).

Esta percepção não se restringe à aplicação da norma nacional, Emilio Ginés Santidrián faz uma análise no plano regional e afirma

Em um régimen de libertades y democracia generalizada en latino américa, resulta patético y escandaloso el tener que continuar hablando de la tortura em la región. De nada sirven ratificar todos los convênios, pactos, protocolos, etc. existentes em el orden internacional contra la tortura, mientras que la sociedade no perceba que esta situación es uma amenaza contra todos sus miembros (cf. GINÉS SANTIDRIÁN, 2012, p. 278).

5.5 Dos métodos, funcionamento e eficácia da tortura

No ano de 1978 o Núcleo dos Profissionais de Saúde pela Anistia – CBA/São Paulo desenvolveu uma série de estudos sobre a institucionalização da tortura no Brasil, não pretendendo julgar, pressupor, preconceber ou emitir opinião, mas apenas analisar o funcionamento e a eficácia da tortura. O estudo descreve os métodos do ponto de vista médico e psicológico, estando fora da alçada do conhecimento jurídico, fazemos a transcrição integral de parte do estudo do Núcleo referente aos métodos, funcionamento e eficácia da tortura:

A variedade e quantidade de métodos usados pela repressão indicam o alastramento da tortura enquanto método de controle social. Queremos levantar dois aspectos que contribuem para tal disseminação. O primeiro é o da eficácia. Segundo os órgãos de informação, os métodos de interrogação (tortura psicológica), aliados as técnicas de pesquisa criminal poderiam fornecer as informações desejadas, porém não de forma tão rápida e na mesma quantidade que a obtida através dos outros tipos de tortura, que incluem o suplício físico. Além de cumprir com objetivo de recolher informação em curto prazo, a tortura física cumpriria, também de forma eficaz, um papel intimidatório, visando ainda, paralelamente, a quebra da resistência psicológica e ideológica.

O segundo aspecto, que gostaríamos de ressaltar, é o da impunidade de que gozaram os mandantes e praticantes da tortura. Dentro de um sistema em que os meios de comunicação de massa estão sob o total controle dos órgãos de segurança e se impõe, à quase totalidade da população, um silêncio intimidado, não puderam ocorrer denúncias ou exigências de apuração de responsabilidades na prática de torturas. Por outro lado, apesar de serem universalmente consideradas ilegítimas, foram não só justificadas como também incentivadas pelo poder estatal, que também as protegeu e as ocultou da opinião pública nacional e internacional.

A eficácia da tortura e a impunidade de seus mandamentos e executores são dois, entre outros fatores, que contribuíram para a manutenção “oficiosa” de tal prática e a multiplicidade de métodos concebidos. Segue uma listagem dos métodos de tortura mais conhecidos e utilizados em nosso país:

- A. choque elétrico
- B. Pau-de-arara
- C. Cadeira de dragão
- D. Afogamento
- E. Telefone
- F. Palmatória
- G. Espancamento
- H. Esbofeteamento
- I. Empalamento
- J. Queimadura com cigarros
- K. Geladeira

- L. Mordida de cachorro
- M. Coroa de cristo
- N. Violação sexual
- O. Arrancamento de dentes
- P. Injeções de éter subcutâneas
- Q. Arracamento de unhas
- R. Soro da “verdade” (Pentotal)
- S. Fuzilamento simulado
- T. Ameaça de morte (à própria pessoa, filhos, companheiros, etc.)
- U. Assistir à tortura de companheiros
- V. Aplicar torturas em companheiros

Na relação acima, podemos observar a existência de métodos que privilegiam o ataque à integridade física e outros à psicológica. Devemos ressaltar, no entanto, que apesar de algumas técnicas terem num plano primário a promoção da dor física, propõem, concomitantemente, uma desorganização emocional.

Quando uma pessoa é levada para a sala de interrogatórios, o objetivo imediato é a quebra de sua resistência. Para este fim é utilizado todo um instrumental e “mise-em-scene”, que ameaçam em primeira instância a sua integridade física, o que se constitui em permanente ameaça de morte. É importante ressaltar que toda sessão de tortura está imersa num clima de hostilidade, em que o torturado é colocado em condição de inimigo inferior, marcando-se claramente a atitude de prepotente superioridade do torturador, que explicita constantemente que mantém o poder e o arbítrio de vida e de morte sobre o seu oponente. Durante o interrogatório tenta-se, em princípio, estabelecer uma espécie de reflexo condicionado dos mais simples: quando o preso nega a informação se promove a dor, quando a confirma se retira o estímulo doloroso. Desta forma, primeiramente, ataca-se a integridade física através da exposição intermitente à dor de variada intensidade e qualidade, e procura-se tornar prioritária a sobrevivência e a exigência de extinção da fonte de dor.

Essa compreensão é ainda superficial e rudimentar. Quando nos detemos a analisar os relatos de ex-presos políticos, observamos que o processo de tortura tem desdobramentos mais complexos. Numa sessão de interrogatório e torturas, ocorrências como micção, evacuação ou emissão de esperma, involuntárias, são respostas fisiológicas esperadas em tal situação. O torturado, no entanto, as vivencia por um lado, como vergonhosas ou humilhantes, em função da aprendizagem social que reforça o caráter privado e a necessidade de controle de tais ocorrências, por outro lado, como alteração ou perda mais geral de seus controles, significando, para o preso, indício de fraqueza ideológica, diminuição da capacidade de resistir, demonstração de medo, etc.

Neste caso, se observa que o esquema simples de reflexo condicionado não explica totalmente o fenômeno descrito. Se por um lado, objetivamente existe a apresentação de um determinado estímulo (promoção ou retirada da dor), a um determinado comportamento (negar ou confirmar informações); por outro, percebemos a existência de toda uma mediação subjetiva e psicológica da situação. O torturador, frente à resposta fisiológica (objetiva) não a interpreta somente como um descontrole orgânico, mas principalmente como indício de descontrole emocional (medo). Por outro lado, o torturado pode perceber tais ocorrências não somente como descontrole corporal, mas como perda da capacidade de comando geral (cognitivo, emocional, ideológico). Outros relatos nos remetem à mesma multiplicidade de fatores integrantes do processo de torturas. O pau-de-arara, assim como o choque elétrico, que num primeiro plano objetivam o suplício físico, a nos pautarmos pelos depoimentos de alguns prisioneiros políticos, promovem também uma desorganização psicológica. Submetidos ao pau-de-arara descrevem a ocorrência do adormecimento dos segmentos ou extremidades do corpo, sensações estas objetivas e concretas, e completam com avaliações subjetivas, “era como se essas partes não fizessem mais parte de mim” ou “senti como se tivesse perdido mãos e pés, como se tivesse sido mutilado”. O choque elétrico, que no plano corporal promove uma reação muscular de intensidade variável é, fora desse plano objetivo, relatado como “parecia que eu não ia parar mais de sacudir” ou “eu pensei que o meu corpo tivesse se rebelado e não voltasse mais ao meu comando”.

Alguns métodos de tortura são concebidos para cumprir, mais especificamente, o objetivo de desestruturação psicológica: é o caso das técnicas de desorganização

sensorial, utilizadas no método chamado “geladeira”, em que a manutenção de um prisioneiro em cubículo impõe limitações à organização do movimento e ao exercício das possibilidades posturais, propondo não só a restrição do espaço físico como também do espaço psicológico; a permanência em celas contínua e fortemente iluminadas, a disposição aleatória dos intervalos de refeição, as mudanças bruscas de intensidade ou frequência dos sons, queda ou elevação rápida de temperatura, além da inexistência de registradores do tempo social (relógios, calendários, etc.) impedem a percepção de qualquer ordenação sistemática, destroem a lógica das sucessões e dos referenciais externos – em geral estáveis e bem definidos, como a passagem das horas, da gradativa-passagem do calor para o frio, etc, e tem por finalidade desintegrar os referenciais internos – certezas, objetivos, valores etc., e tornar o torturado incapaz de realizar qualquer avaliação, de estabelecer critérios do que é ou não importante e, desta forma, aumentar a possibilidade dele fornecer informações.

Levantaremos, finalmente, um outro aspecto que é integrado no funcionamento da tortura, ou seja, o aspecto ideológico. O nosso objetivo é mais o de relatar algumas técnicas que propõem a desorganização ideológica, sem nos determos na análise da ideologia do torturador ou torturado. Aleatoriamente intercalam-se entre as sessões de torturas, conversas com indivíduos que se apresentam como “amigos” e tenham com o recém-torturado um relacionamento “amistoso” e “eivado de solidariedade”. Mostram-se como aliados contra as práticas da violência, criticando seus próprios colegas. Procura-se, através da captação da simpatia do prisioneiro, além de obter dele informações, sua cooptação ideológica. Uma outra variante são as sessões de “grupo-terapia”, nas quais o coordenador, que se autodenomina psicológico ou psiquiatra, substitui o anteriormente citado “amigo solidário”, com os mesmos objetivos.

Assim, observamos que, nos mais variados tipos de tortura, há um denominador comum, base da eficácia de todos eles, que é a tentativa de promover uma desorganização afetivo-emocional e ideológica. Além de enfraquecer a capacidade cognitiva através de experiências concretas de descontrole corporal impostas pela tortura física, o prisioneiro é defrontado constantemente com situações conflituosas, dá informações ou deverá torturar um companheiro, delata companheiros ou assistirá à tortura do filho, cujas resoluções dependem de uma ponderação equilibrada dos afetos ou emoções por um lado e das certezas dos objetivos e convicções políticas por outro, ou seja, da estrutura psicológica e ideológica, ambas também severamente atacadas pela tortura.

A desorganização, do funcionamento físico e psíquico, proposta pela tortura se tornará responsável pela gradativa perda dos referenciais e conseqüentemente da capacidade de avaliação, podendo minar as trincheiras erguidas pelo torturado para proteger seus ideais e suas convicções.

O esquema de resistência individual à desorganização funcional promovida pela tortura pertence à esfera privada de cada um. Na medida em que as pessoas reagem diferentemente a estímulos ou provocações é possível que da mesma forma reajam de modo diferenciado à desorganização proposta. Sobre essa diferenciação de comportamento frente à tortura, inúmeras hipóteses são levantadas: alguns a atribuem à diferença de formação do indivíduo, visão de mundo, concepções políticas, solidez da estrutura de personalidade, componente ideológico, etc. Outros, como podem ser observados em relatos de ex-presos políticos, privilegiam o componente ideológico, ou seja, a profunda convicção na justeza das causas e posições assumidas e defendidas, como fator de importância vital na capacidade de enfrentar e resistir à desorganização.

Tais hipóteses geram divergências de opinião; por isso, proporíamos discussões mais aprofundadas sobre essa questão.

5.6 Tortura e outros delitos

5.6.1 Tortura e abuso de autoridade

Algumas condutas perpetradas por agentes públicos podem encontrar aparente tipicidade tanto na Lei nº 9.455/97 como na Lei nº 4.898/65⁸⁹, de forma que há necessidade de se atentar para os seus elementos diferenciadores, a fim de que se possa aferir qual delas deve prosperar, no caso concreto.

Assim sendo, quando o agente praticar quaisquer dos atos referidos nos artigos 3º, alíneas a, e, i, da Lei nº 4.898/65, objetivando um dos fins elencados no art. 1º inciso I, alínea a, da Lei nº 9.455/97, revestidos, ainda, de violência ou grave ameaça direcionada a vítima, causando-lhe sofrimento físico ou mental, configura o delito de tortura. Ausentes tais predicados na ação delitativa, subsiste o delito de abuso de autoridade.

5.6.2 Tortura e lesão corporal

Quando o agente, ao praticar no delito de tortura, ocasionar à vítima lesão corporal de natureza leve, subsiste tão-somente o primeiro, em fase do princípio da consumação. Caso a lesão seja de natureza grave, o delito de tortura torna-se qualificado, conforme se verifica no art. 1º, parágrafo 3º da lei em epígrafe.

5.6.3 Tortura e constrangimento ilegal

Embora o constrangimento ilegal, praticado mediante violência ou grave ameaça se aproxime dos elementos objetivos do tipo da modalidade de tortura aqui enfocada, ambos os delitos não se confundem. Além de a tortura ser crime especial, o constrangimento aludido na alínea “c” tem, como escopo, a prática de uma infração penal, não sendo esta exigência do tipo definido no art. 146.

⁸⁹ Cf. Lei nº 4.898 de 9 de Dezembro de 1965 que regula do direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa civil e penal, nos casos de abuso de autoridade.

5.6.4 Tortura e maus tratos

O delito de tortura, na hipótese aqui enfocada, absorva o crime de maus tratos, em face da aplicação do princípio da subsidiariedade de forma que quando o ato não se revestir de intenso sofrimento físico ou mental, poderá amoldar-se ao tipo definido no art. 136 do Código Penal.

A Lei nº 9.455/97, definiu os crimes de tortura e, dentre eles, a seguinte figura típica: “submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com o emprego de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo” (art. 1º, inciso II). A decisão típica parece sugerir conflito aparente de normas com a figura típica do crime de maus-tratos, na forma de abuso “de meios de correção ou disciplina”.

Nos dois tipos há elementos comuns. A relação de dependência entre agente e vítima pode ser a mesma, nos dois crimes, sendo certos que, também nos dois, a conduta é a imposição de um sofrimento físico ou mental.

No crime de tortura, o resultado deve ser intenso sofrimento físico ou mental, ao passo que no crime de maus-tratos o resultado é tão-somente a situação de perigo decorrente do abuso dos meios corretivos ou disciplinares.

A diferença, porém, não se encontra apenas no resultado, que na tortura deve ser mais grave, mais intenso, até porque a tortura é um crime de dano, enquanto o crime de maus-tratos é crime de perigo. O que distingue um crime do outro é o elemento volitivo. É a vontade do agente.

Na tortura, sua finalidade é castigar por castigar ou para prevenir, enquanto o agente do crime de maus-tratos, embora abusando dos meios que tem a seu dispor age com a intenção de corrigir ou disciplinar, para os fins de educação, tratamento, ensino ou custódia. Naquela, o dolo é de dano, aqui é de perigo.

5.6.5 Tortura sofrimento físico ou mental

A Convenção fala em sofrimento físico ou mental.

Sufrimento físico é o padecimento pela dor corporal, enquanto sofrimento mental é a aflição, amargura, angústia. Em todo sofrimento, há o mental, posto que o suplicado vivencia momentos de intensa angústia e desespero durante o tormento. A recíproca não é verdadeira, embora o sofrimento mental possa, eventualmente, causar reações físicas (mal-estar, vômitos, dores de cabeça, enfarte). O sofrimento

físico é aferido pelos conhecimentos próprios do homem médio e, principalmente, pelo depoimento do ofendido, não gerando grandes indagações. Assim, sabemos que choques elétricos causam dor horrível, que a utilização de fogo provoca queimaduras na pele e a submersão na água conduz à sensação de afogamento.

A natureza guarda uma relação de causa e efeito que é percebida pelo homem. Não há necessidade de provar que a vítima sofreu com a prática de ato que provoca dor. Dificuldades maiores surgem quando da técnica de tormentos é avançada ou exige conhecimentos específicos, restando impossibilitada uma análise pelo jurista.

O crime do inciso II do art. 1º da Lei nº 9.455/97, consiste em: “submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo”, exige seja o sofrimento intenso.

Ao utilizar tão vaga expressão, pretendeu o legislador estabelecer um diferencial entre crime de tortura e o de maus-tratos. Na tortura, o sofrimento deve ser anormal, excepcional, muito além daquelas correções que se enquadram sem maus tratos. Não há como estabelecer um único critério para definir o que é sofrimento intenso, mas alguns fatores podem ajudar na análise:

a) duração do ato: se a pessoa é mantida por muito tempo (horas ou dias) em situação que cause sofrimento físico ou mental. O tempo agrava especialmente o sofrimento do ofendido, podendo torná-lo intenso;

b) método utilizado pelo agente: algumas agressões, por si só, gera, intenso sofrimento físico, como espancamentos violentos, queimaduras expressivas, choques elétricos, amputações de dedos, outras que geram intenso sofrimento moral como ser obrigado a presenciar sessões de tormento ou agressão de parentes.

c) Constância: alguns atos que, isoladamente, não gerariam intenso sofrimento ganham repercussão diante de sua repetição.

d) Condições pessoais do ofendido: na aferição do sofrimento dever-se-á considerar a pessoa da vítima. Crianças, idosos e enfermos são menos resistentes à tortura. Também, aquele que já está doente, com a saúde debilitada, tem deformidade ou sofreu um trauma recente.

Tratando-se de pessoa presa ou submetida à medida de segurança, o sofrimento deve resultar de ato não previsto em lei ou não resultante de medida

legal, artigo 1º parágrafo 1º, da Convenção de Genebra. Esse tipo está em consonância como disposto no artigo 38 do Código Penal, pelo qual “o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”.

Na atualidade, a pena de prisão e a medida de segurança causam grande sofrimento ao agente. A situação das penitenciárias e das cadeias superlotadas, com péssimas instalações sanitárias e falta de higiene provocam sofrimento além do normal aos presos. O mesmo não ocorre com a intenção de um doente mental em hospital de medida de custódia e tratamento psiquiátrico.

Entretanto, esse tipo de sofrimento não caracteriza tortura, posto que resulta da própria perda da liberdade e da deficiência do sistema. Somente haverá tortura quando o ato praticado não for inerente ao cumprimento de pena nem à execução de medida de segurança e não tiver previsão legal. Será o caso, por exemplo, do agente carcerário que causa maior sofrimento a determinado detento, impondo-lhe um tratamento rigoroso que aos demais, privando-o da alimentação, do sono.

Como exemplifica Alberto Silva Franco:

Colocar o preso em cela forte, lesioná-lo, em sua integridade física, como medida de disciplina, privá-lo do banho de sol, impedi-lo de receber visitas de familiares, obrigá-lo à realização de trabalhos perigosos ou superiores Às suas forças físicas são alguns exemplos de tortura imposta a pessoa presa (cf. FRANCO, 2001. p. 72).

No caso de inimputável recolhido em estabelecimento psiquiátrico, a tortura poderia consistir em submeter tal pessoa a choques elétricos, sem que tal terapia seja, de algum modo, justificada para o caso concreto

Nesse sentido, verifica-se que a Convenção Interamericana, para prevenir e punir a tortura, se encontra em consonância com a norma enfocada. Com efeito o referido tratado, além de ter suprimido o termo agudo, utilizado pela Convenção de 1984, para adjetivar o sofrimento físico e mental decorrente da tortura, também permitiu o uso da interpretação análoga, a fim de que o tipo de injusto alcançasse toda conduta que inflija dolosamente. Penas ou sofrimentos físicos ou mentais a uma pessoa, para qualquer finalidade, similar àquelas mencionadas pelo artigo 2º. Acresceu, ainda, ao tipo que: “Entender-se-à também como tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica”. No entanto, apesar de ter ampliado o conceito de tortura, a mencionada Convenção, manteve o referido delito como próprio, harmonizando-se, assim com o conceito internacional de tortura. (cf. FRANCO, 2001, p.59).

Impõe-se, portanto, o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei ordinária, na parte em que enfoca o crime de tortura como crime comum, adequando-a a tipologia instituída pelas citadas convenções⁹⁰.

5.6.6 Tortura imprópria e prevaricação

O crime de tortura imprópria, definido no artigo 2º, na modalidade em que o agente se omite no dever de apurar quaisquer das modalidades delitivas elencadas no art. 1º, absorve o crime de prevaricação, em face da aplicação do princípio da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*).

Há dois crimes previstos nesse tipo: (I) aquele que se omite, quando tinha o dever de evitar o sofrimento da vítima; (II) aquele que se omite, quando tinha o dever de apurar a tortura. Assim, exige-se a existência de um dever jurídico por parte do agente, que responderá por ter se omitido quando deveria evitar ou apurar a tortura e, mesmo diante desse dever, não impediu o sofrimento da vítima.

O Código Penal trata do “dever de evitar” em seu artigo 13, parágrafo 2º, ao estabelecer que: a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco de ocorrência do resultado”.

Trata-se de pessoa que tem o dever de proteger a vítima. Contudo, para que responda pelo crime, exige-se que tenha plena ciência da situação e efetivamente possa evitar o resultado.

A esse respeito, Mirabete (1998, p. 108) ressalta que tem possibilidade de agir para evitar o resultado quem: “a) tem conhecimento da situação de fato; b) tem consciência da condição que o coloca na qualidade de garantidor; c) tem consciência de que pode executar a ação; d) tem a possibilidade real-física de executar a ação.”

No segundo caso, há o dever jurídico de apurar a prática da tortura. Assim, aquele que se omite é justamente quem deveria investigar e reprimir a prática dos

⁹⁰ Seria louvável que se retomasse o texto normativo proposto pela comissão de notáveis constituída em 14.12.1992 por Evandro Lins e Silva, Francisco de Assis Toledo, Alberto Silva Franco; René Ariel Dotti e Jair Leonardo Lopes, com o propósito de elaborarem anteprojeto da lei de reforma da parte especial do Código Penal.

tormentos, seja no âmbito criminal, seja no âmbito administrativo, como por exemplo, os policiais civis, os delegados de polícia e os Promotores de Justiça.

6 A TORTURA E SUA PREVISÃO NOS ESTATUTOS DOS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS

Como podemos constatar ao longo do estudo, a prática de tortura é um ilícito, condenada tanto no âmbito internacional quanto nacional, uma vez que figura na lista dos considerados crimes contra a humanidade. No entanto, em caso de incumprimento por parte do Estado, as mesmas normas internacionais que proíbem a tortura preveem mecanismos para a sua punição também na esfera internacional, não de forma secundária ou acessória, mas de forma concorrente complementar aos mecanismos nacionais. Esta é a posição do Estatuto de Roma que prevê no seu Preâmbulo que o Tribunal Penal Internacional terá competência complementar às jurisdições penais nacionais.

Este mecanismo é matéria de estudo para o direito penal internacional que tem em sua base o

[...] surgimento de los tribunales penales internacionales, la persecución y el juzgamiento de los crímenes internacionales [que] vinieron a complementar la imputación de responsabilidad a los Estados en el ámbito del Derecho Internacional Público a fin de cubrir el aspecto penal de la violación (cf. BARBERO, 2011, p. 185 – 186).

Essa consciência de que atos como a tortura e as demais situações contrárias à essência humana deveriam ser julgados por tribunais internacionais está presente desde finais do século XIV com o rei Ricardo II da Inglaterra e o Estatuto para o governo do exército (cf. GREPPI, 1999). Em janeiro de 1872, Gustav Moynier, da Suíça propôs que se constitui-se uma Corte Penal Internacional que fosse competente para julgar as violações cometidas durante a guerra franco-prussiana (1870).

Atualmente, com a criação de tribunais internacionais, um Estado quando chamado por violação de normas internacionais responderá pecuniariamente, mas não só, os indivíduos, pessoas físicas que ordenaram a prática do ato delituoso até aquelas que executaram, respondem penalmente, como prevê o art. 27 do Estatuto de Roma. A responsabilidade penal individual foi estabelecida pelo Tribunal de Nuremberg.

Desde los tribunales militares internacionales de Nuremberg y Tokio, pasando por los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la ex-Yugoslavia, Ruanda, y los tribunales híbridos, hasta la Corte Penal

Internacional creada por el Estatuto de Roma de 1998, la imputación de responsabilidad penal individual y la represión de los delitos internacionales ha logrado su afianzamiento en el debido ámbito penal, con independencia del eventual castigo al Estado por su actuación en el ámbito del Derecho Internacional Público [...] Se distingue así entre la responsabilidad de los Estados por los «ilícitos internacionales» y la responsabilidad de los individuos por los «delitos» o «crímenes internacionales» (cf. BARBERO, 2011, p. 186-187).

Visa-se assim, castigar condutas, especialmente aquelas mais graves que violam a ordem e a paz internacional, evitando a impunidade dos indivíduos que cometem atos alegando uma representação estadual. Natalia Barreiro (2011, p. 188) argumenta que “[l]a tortura es una de las conductas en particular que integra este tipo de crímenes”.

Sendo assim, passemos a analisar o crime de tortura, na classificação de crime contra a humanidade, e sua previsão nos estatutos dos tribunais internacionais.

6.1 Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg

Como já estudado, o Tribunal de Nuremberg foi instituído no pós Segunda Guerra. No seu Estatuto dedica especial atenção aos crimes contra a humanidade, no entanto não prevê de forma autônoma o crime de tortura. A doutrina considera que este esteja previsto de forma implícita no art. 6º, inciso c) na expressão “outros atos desumanos”:

CRIMENES CONTRA LA HUMANIDAD: A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y *otros actos inhumanos* cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron (cf. Art. 6º, inciso c, Estatuto do Tribunal de Nuremberg – grifo nosso).

Apesar da previsão implícita, para que fosse julgado e condenado por prática de tortura, conforme previsão do Estatuto, o crime deveria ter sido cometido antes ou durante um período de guerra, além de estar em conexão com a prática de outro crime de competência do Tribunal, especificamente um crime de guerra ou um crime contra a paz.

A maioria dos casos julgados por este Tribunal foram por crimes de guerra e crimes contra a paz, só os casos Julius Streicher e Baldur von Schirach foram a julgamento exclusivamente por crimes contra a humanidade. Nesses casos o Tribunal teve em conta acontecimentos anteriores a 1939, interpretando de forma restritiva o art. 6º, inciso c), uma vez que a exigência do nexo com o conflito armado reduzia a possibilidade de condenação por crimes contra a humanidade de maneira autônoma, em decorrência disto, vários foram os atos que não foram condenados por não ter sido possível relacionar a violação em causa com outros crimes de competência do Tribunal (cf. BARBERO, 2011, p. 203 – 204).

6.2 Estatuto do Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente

Seguindo os mesmos passos do Estatuto de Londres, o Estatuto do Tribunal para o Extremo Oriente também não previu de forma autônoma o crime de tortura, devendo sua tutela ser entendida através da expressão “outros atos desumanos” presente no art. 5º, inciso c):

Crímenes contra la Humanidad: es decir, el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación y *otras acciones inhumanas* cometidas contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o las persecuciones por causas políticas o raciales, en ejecución de o en conexión con cualquier crimen de la jurisdicción del Tribunal, violando o no las leyes nacionales del país en donde son perpetrados [...] (cf. Art. 5º, inciso c, Estatuto do Tribunal Internacional para o Extremo Oriente – grifo nosso).

Os casos apresentados a julgamentos têm por particularidade o fato de não ter formulado acusação e nem ter condenado nenhum japonês que tenha cometido crime contra a humanidade, apenas estrangeiros foram julgados pela violação ao art. 5º, inciso c) (cf. BARBERO, 2011, p. 204).

6.3 Lei nº 10 do Conselho Interaliado de Controle

A primeira previsão autônoma do crime de tortura em um instrumento internacional aparece no art. 2º, inciso c) da Lei nº 10 do Conselho Interaliado de Controle, também conhecido na doutrina como Conselho de Controle Aliado:

Atrocidades y delitos que comprendan, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación, el encarcelamiento, *la tortura*, las violaciones u otros actos inhumanos

cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, violen o no estos actos las leyes nacionales de los países donde se perpetraran (cf. Art. 2º, inciso c da Lei nº 10 do Conselho Interaliado de Controle – grifo nosso)

Essa normativa vem inovar o cenário uma vez que além da condenação expressa à prática de tortura elimina o nexo com o contexto de guerra e com os crimes de guerra e crimes contra a paz presente no Estatuto do Tribunal de Nuremberg e do Extremo Oriente. O texto da lei também deixa claro que não pretende listar de forma taxativa os atos a que será aplicada.

6.4 Estatuto do Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para a ex-Iugoslávia

A tortura aparece como um dos atos puníveis como crime contra a humanidade, sendo sua previsão no art 5º, inciso f):

El Tribunal Internacional está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil: (...) f) Tortura (...) (cf. Art. 5º, inciso f Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Yugoslávia).

Foi no TPII que pela primeira vez se teve no âmbito internacional uma condenação pela prática do crime de tortura. No caso *Prosecutor vs. Furundzija* (IT-95-17/1-A) de 21 de Julho de 2000. Neste caso foi aplicado a definição de tortura prevista na Convenção das Nações Unidas contra a tortura de 1984, no entanto, especificando quais os elementos da tortura seriam analisados perante um conflito armado.

Los elementos de la tortura en un conflicto armado requieren que la tortura:

- (i) consista en la imposición de una pena o sufrimiento severo por acto u omisión; además,
- (ii) este acto u omisión debe ser intencional;
- (iii) debe buscar la obtención de información o una confesión, o el castigo, la intimidación, humillación o coerción de la víctima o de una tercera persona, o la discriminación por cualquier motivo de la víctima o de una tercera persona;
- (iv) debe estar relacionada con un conflicto armado;
- (v) por lo menos una de las personas participantes del proceso de tortura debe ser un funcionario público o debe actuar ejerciendo um cargo público (cf. *The Prosecutor v. Furundzija* ICTY IT-95-17/1-A apud BARBERO, 2011, p. 205).

De forma inovadora, o TPII apresenta o crime de violação sexual como crime de tortura. Segundo a Anistia Internacional (2000, p. 35), na falta de uma tipificação do crime de violação como crime internacional, o TPII classifica como tortura e atos desumanos. E será no caso *Prosecutor vs. Delalic* (IT-96-21-T-A) de 20 de Fevereiro de 2001 que a violação será considerada como uma forma de tortura, pronunciando expressamente que a proibição da tortura é uma norma de *ius cogens* ou seja, inderrogável e absoluta (cf. ICTY IT-96-21-T apud BARBERO, 2011, p. 205).

Alguns outros casos julgados e condenados pela prática da tortura no TPII foram:

- *Prosecutor vs. Miroslav Bralo*, ICTY IT 95-17-A, 2 de Abril de 2007: condenação de vinte anos de prisão;
- *Prosecutor vs. Milorad Krnojelac* ICTY IT 97-25-A, de 17 de Setembro de 2003: condenado por 15 anos pelo crime de tortura previsto no art. 3º e 5º do Estatuto;
- *Prosecutor vs. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac e Zoran Vukovic*, ICTY IT 96-23; IT 96-23/1, de 22 de Fevereiro de 2001: Kunarac e Vukovic foram condenados por crime de tortura a 28 e 12 anos de prisão respectivamente pelos arts. 3º e 5º do Estatuto;
- *Prosecutor vs. Zdravko Mucic, Hazim Delic e Esad Landzo*, ICTY IT-96-21-Abis, de 8 de Abril de 2003: condenados pelo crime de tortura previsto nos art. 2 e 3 do Estatuto;
- *Prosecutor vs. Dragon Nikolic*, ICTY IT 94-2-A, de 4 de Fevereiro de 2005: condenado a 20 anos de prisão por prática de tortura previsto no art. 5º do Estatuto.

6.5 Estatuto do Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para o Ruanda

É o art. 3º, alínea f) que prevê a tortura como um crime contra a humanidade

El Tribunal Internacional para Ruanda está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un ataque generalizado y sistemático, y dirigidos contra cualquier población civil en razón de su nacionalidad o pertenencia a un grupo político, étnico, racial o religioso: (...) f) Tortura (...) (cf. Art. 3º, inciso f do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para o Ruanda).

No caso *Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu* (ICTR-96-4-T), de 2 de Setembro de 1998, o TPIR tratou dos elementos da tortura em particular relacionados a definição em geral dos crimes contra a humanidade constante na Convenção das Nações Unidas contra a tortura de 1984. No referido acordo, a tortura é considerada como

Todo acto por el cual se inflijan intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia (cf. *The Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, 2 September 1998, par.593 apud BARBERO, 2011, p. 207).

Sendo os elementos de tortura para esta Corte

(i) Que el autor haya infligido a la víctima graves dolores o sufrimientos físicos o mentales con uno o más de los siguientes propósitos:
 (a) para obtener información o una confesión de la víctima o de un tercero;
 (b) para castigar a la víctima o a un tercero por un acto que la víctima o el tercero haya cometido, o se sospeche que ha cometido;
 (c) para intimidar o coaccionar a la víctima o al tercero;
 (d) por cualquier otro motivo discriminatorio.
 (ii) Que el autor fuera un funcionario público, o haya actuado instigado por un funcionario público o una persona en ejercicio de funciones públicas, o con su consentimiento o aquiescencia (cf. *The Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, 2 September 1998, par.594 apud BARBERO, 2011, p. 207).

O TPIR requer ainda que para se configurar o crime de tortura os elementos típicos do ataque também devem estar preenchidos, que são

(a) La tortura debe ser cometida como parte de un ataque generalizado o sistemático;
 (b) el ataque debe ser contra una población civil;
 (c) el ataque debe fundarse en motivos discriminatorios, entre ellos: la nacionalidad, etnia, raza, religión e ideología política (cf. *The Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, 2 September 1998, par.595 apud BARBERO, 2011, p. 207-208).

O Tribunal considerou que o acusado deveria ser declarado culpado pelo crime de tortura toda vez que os interrogatórios, lesões ou ameaças praticadas com risco de vida da vítima na presença do acusado ou com seu conhecimento preenchem a conduta típica, Akayesu foi condenado a dez anos de prisão pelo crime

de tortura e pela prática de outros crimes contra a humanidade (cf. *The Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu*, 1998, par. 681 - 684 apud BARBERO, 2011, p. 208).

Alguns outros casos julgados e condenados pela prática da tortura no TPIR foram:

- *Prosecutor vs. Omar Serushago*, ICTR-98-39-S, 5 de Fevereiro de 1999: condenado a 15 anos de prisão pelo crime de tortura cometido como parte de um ataque generalizado e sistemático contra uma população civil por motivos discriminatórios, de acordo com o art. 3º, alínea f) do Estatuto
- *Prosecutor vs. Laurent Semanza*, ICTR-97-20-T, 15 de Maio de 2005: condenado a 10 anos de prisão pelo crime de tortura como crime contra a humanidade e outros delitos, pelo nível de medo causado à vítima, uma mulher Tutsi, por razões discriminatórias, sendo parte de um ataque generalizado, sendo de aquiescência do acusado que outros membros do seu grupo estavam no mesmo momento cometendo violações e homicídios contra outros integrantes da mesma comunidade étnica, constituindo assim um grave sofrimento físico e mental que se conforma com o elemento material do delito de tortura.

6.6 Estatuto do Tribunal Penal Internacional

A tortura figura como um dos crimes contra a humanidade no Estatuto de Roma, prevista no art. 7º, alínea f), que diz

1 - Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a Humanidade" qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:
f) Tortura

O art. 7º apresenta os requisitos gerais para todos os crimes considerados contra a humanidade pretendendo diferenciar esses delitos dos crimes comuns, previstos na ordem interna, no entanto o próprio Estatuto apresenta uma definição com elementos próprios da tortura na alínea e) do nº 2 do art. 7º:

2. Para efeitos do parágrafo 1º:
e) Por "tortura" entende-se o ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controle do acusado; este termo não

compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas.

O estudo dos elementos a serem preenchidos para que o ato se configure um crime contra a humanidade foi estudado nos itens 2.1.1 a 2.15 aos quais fazemos remissão. Sylvia Helena Steiner (2012, p. 322) no entanto critica a definição dada pelo legislador ao crime de tortura como crime contra a humanidade no Estatuto de Roma, para a autora, além de não distinguir a tortura de atos desumanos e degradantes “a definição [...] deveria ser espelhada, com seu elemento material específico, na definição da mesma conduta como crime contra a humanidade”.

No entanto, apenas para lembrar, temos que a exigência de que o ato deveria ser cometido em um contexto de guerra já não se encontra presente no Estatuto de Roma. Quanto ao sujeito ativo Barbero (2011, p. 212) e Gil Gil (2002, p. 3) argumentam haver uma divergência doutrinal, de um lado os que exigem que a intervenção seja feita por um ente político, ou seja, que o sujeito ativo esteja ligado a um órgão público, do outro lado, os que alegam não ser necessário que o sujeito ativo seja um agente público, mas sim um particular. A esta exigência Kai Ambos (2005, p. 41) designou de *policy element* (elemento político). Esse elemento não esteve presente em Nuremberg, mas já estava previsto nos Estatutos do TPII e TPIR. No entanto, há autores como Schabas (2001, p. 37) que interpretando o Estatuto de Roma em sentido lato entendem que esta ligação entre o ato e uma política de Estado poderá ser também estendida a organizações (de caráter privado, criminal, terrorista) ou grupo de pessoas que tenham o mesmo objetivo como grupos paramilitares.

O ataque previsto no Estatuto de Roma não tem que ser necessariamente violento, nem por forças armadas ou militares (cf. BARBERO, 2011, p. 214; KITTICHAISAREE, 2001, p. 94; TRIFFTERER, 1999, p. 124).

Quanto ao ataque generalizado e sistemático, Ambos (2005, p. 39) explica que este requisito pretende evitar que casos isolados e fortuitos sejam apresentados ao TPI, no entanto, esses dois elementos são alternativos, não se exigindo o preenchimento das duas características no ataque (cf. RUEDA FERNÁNDEZ, 2000, p. 317). Para Triffterer (1999, p. 127) e Schabas (2001, p. 36) os elementos generalizado e sistemático são cumulativos para se harmonizar com a definição de ataque.

Por generalizado se entende a escala global de um ataque (cf. ROBINSON, 2000, p. 152), porém esse entendimento restringia a ataques com uma grande quantidade de vítimas (cf. TRIFFTERER, 1999, p. 126; ROBINSON, 2000, p. 152), entretanto, a doutrina ampliou o entendimento incluindo-se também ataques únicos mas de grande magnitude (cf. AMBOS, 2007, p. 240-241), poderá também a generalidade derivar da extensão territorial (cf. WERLE, 2005, p. 362).

Por sistemático entende-se o nível de planejamento e organização, ou seja a existência de um plano metódico e minuciosamente organizado (cf. METTRAUX, 2005, p. 171; BARBERO, 2011, p. 216) sendo que estes atos não devem ocorrer acidentalmente, mas percorrer o *iter criminis* planejado.

Natalia Barbero (2011, p. 216) alega que o ataque é que deve ser sistemático e generalizado e não o ato em si, no entanto, deve haver umnexo causal entre o ato e o ataque, sendo irrelevante o número de atos desde que a sistematicidade ou seja o planejamento esteja presente.

Também o Estatuto de Roma prevê que os ataques devem ser contra a população civil (remissão item 2.1.5), estando presente no art. 7º, nº 2, alínea a) o que será considerado como tal

2. Para efeitos do parágrafo 1º:

a) Por "ataque contra uma população civil" entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo 1º contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política.

Assim, por população civil se entenderá todo aquele que não seja militar e considerado combatente pelo Direito de Guerra (pelas Convenções de Genebra de 1949), possuindo também um componente quantitativo, ou seja, a vítima deve ser coletiva (cf. TRIFFTERER, 1999, p. 127; WERLE, 2005, p. 357; BARBERO, 2011, p. 217) o que significa uma multiplicidade de vítimas e não casos isolados, conformando assim com a noção de ataque, no entanto não é necessário ser toda a população.

O último elemento, o conhecimento do ataque, requer a intencionalidade com dolo por parte do autor. Natalia Barbero afirma que

[e]n realidad se trata tan sólo de un elemento objetivo más del tipo (el ataque), que debe ser abarcado por el dolo. Cada autor debe saber que existe un ataque contra la población civil y que su acto individual forma parte de dicho ataque (cf. BARBERO, 2011, p. 218).

Nesse sentido, o que se exige é que o sujeito ativo conheça a existência do ataque em si (cf. METTRAUX, 2005, p. 173) e não que ele seja responsável pelo ato, que tenha dirigido o planejamento ou que conheça a política que subjaz tal ato (cf. ROBINSON, 2000, p. 165; TRIFFTERER, 1999, p. 128).

Após revisão sobre os elementos do crime contra a humanidade, é de assinalar que sobre o crime de tortura previsto no Estatuto de Roma, a sua definição diferencia-se das constantes na Declaração sobre a proteção de todas as pessoas contra a tortura de 1975, na Convenção das Nações Unidas contra a tortura de 1984 e na Convenção Interamericana de prevenir a tortura de 1985, uma vez que não exige a qualidade de agente público para o sujeito ativo, assim um particular pode cometer o ato de tortura, se aproximando da definição constante na Lei nº 9.455/97.

O Estatuto de Roma apenas exige que o sujeito ativo tenha a vítima sob sua custódia e/ou controle. Para Natalia Barbero (2011, p. 219), este entendimento faz perder certo tecnicismo existente nas definições convencionais, evitando assim uma discussão em torno do alcance da expressão “funcionário público”. Já o sujeito passivo poderá ser qualquer pessoa que esteja privada de sua liberdade (referente ao termo custódia presente no Estatuto), devendo se ressaltar que essa privação da liberdade não se refere apenas a um estabelecimento legalmente constituído para tal, o sentido de privação da liberdade deve ser entendido de forma ampla.

Diferente de todos os diplomas citados, o Estatuto não exige o elemento da finalidade, de que a prática da tortura seja executada com o fim de obter informações. O próprio Tribunal Penal Internacional no manual Elementos do Crime, ao esclarecer o sentido do art. 7º, nº 1, alínea f) explica que “[...] no es preciso probar ninguna intención específica en relación con este crimen”, assim a dor ou sofrimento podem ser causados sem motivo algum ou por motivos sádicos (cf. TRIFFTERER, 1999, p. 164), eles devem ser intencionalmente causados, conforme prevê o Estatuto, o que exclui sofrimentos obtidos acidentalmente.

Como clarificado nos requisitos dos crimes contra a humanidade, o ato de tortura deverá estar inserido em um ataque generalizado e sistematizado, ou seja, o ato deve ter sido planejado, mesmo que não tenha a finalidade de obter uma informação e estar inserido em um ataque de grande magnitude, mesmo que a tortura não seja o único ato, mas esteja relacionado, tenha um nexo com o ataque.

Nas próprias palavras do Tribunal Internacional Penal, a tortura como crime contra a humanidade deve preencher os seguintes elementos

Artículo 7 1) f)

Crimen de lesa humanidad de tortura

Elementos

1. Que el autor haya infligido a una o más personas graves dolores o sufrimientos físicos o mentales.
2. Que el autor tuviera a esa o esas personas bajo su custodia o control.
3. Que el dolor o el sufrimiento no haya sido resultado únicamente de la imposición de sanciones legítimas, no fuese inherente ni incidental a ellas.
4. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.
5. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

(cf. TPI, Elementos de los crímenes, s/d).

Para concluir, explica Natalia Barbero (2011, p. 220) que o fato de o Estatuto de Roma eliminar dos requisitos para o crime de tortura a qualificação do sujeito ativo (agente público) e a finalidade (obter informações, confissões), e agregar os demais elementos dos crimes contra a humanidade (ataque generalizado ou sistemático, contra população civil) é o que faz com que a tortura neste contexto deixe de ser um crime comum e seja elevado a um delito internacional, a um crime contra a humanidade.

7 CONCLUSÃO

Face ao exposto, do conjunto normativo sobre os crimes contra a humanidade, fica o entendimento de que são atos delituosos nos quais a vítima vê negada a sua condição de humano, sendo assim, a ofensa não se dá na esfera jurídica apenas individual, mas de toda a humanidade, desta sorte, o regime jurídico desses crimes é originalmente internacional. Os crimes contra a humanidade referem-se a crimes contra a espécie humana e não referente a um indivíduo sozinho.

Assim, há duas obrigações aos Estados quanto aos crimes contra a humanidade: a) incorporar em sua legislação interna as figuras repressivas das condutas presumidas como crimes internacionais; b) julgar aos que forem imputados tais crimes ou extraditá-los se não puderem ser julgados.

Paralelo à construção desse conceito de crime contra a humanidade, uma outra instituição se vai desenvolvendo, com o intuito de investigar, julgar e punir estes atos atentatórios à dignidade humana. A instituição do Tribunal Penal Internacional significa um processo no desenvolvimento do Direito Internacional, imaginá-lo sem uma longa história seria impossível. Sua gestação teve início a cento e vinte anos, quando das atrocidades cometidas na Guerra Franco-Alemã de 1870-1871, numa conferência do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, o seu presidente, o suíço Gustave Moynier apresentou, em 3 de Janeiro de 1872, o primeiro projeto para a instituição de um Tribunal Penal Internacional que seria competente para os crimes de guerras definidos na Convenção de Genebra, de 22 de Agosto de 1864 (para o melhoramento da sorte dos militares feridos nos exércitos em campanha). Numa época de nacionalismo, essa ideia não caiu em solo fértil. As ideias que realçavam a soberania estavam, nessa época, fortemente enraizadas.

Tentou-se ainda instalar em Leipzig, na Alemanha, após a I Guerra Mundial, um tribunal para julgar os que atentaram contra os tratados. Contudo, o Tribunal pretendido pelos vencedores da I Guerra Mundial redundou em fracasso, seja pela recusa do Reino dos Países Baixos em conceder a extradição do Kaiser Guilherme II, seja pela repulsa geral dos juristas em aceitarem a legitimidade de tal Corte que iria de encontro ao princípio dogmático *nullum crimen nulla poena sine lege*.

Os anos 1955 a 1958 foram mais bem sucedidos na consolidação da punição daqueles que praticaram crimes contra a humanidade durante a II Guerra Mundial

com a criação do Tribunal Militar Internacional ou Tribunal de Nuremberg e o Tribunal Militar para o Extremo Oriente.

Após a limpeza étnica de aproximadamente 50 milhões de pessoas na ex-Iugoslávia e 800 mil pessoas em Ruanda, ambos os casos com amplo uso de tortura, o Conselho de Segurança da ONU criou dois tribunais *Ad Hoc* para julgar aqueles que cometeram tais atrocidades, em virtude da incapacidade das respectivas autoridades de punir os responsáveis pelos crimes de guerra.

Finalmente, em 2002, assentou-se um tribunal permanente com o objetivo de julgar crimes de guerra, contra a humanidade, de agressão e o genocídio: o Tribunal Penal Internacional.

O século XX, como podemos comprovar ao longo do estudo, esteve marcado por uma sequência de conflitos internacionais e também nacionais e uma nova necessidade emerge com o desenvolvimento de um novo conceito de direito internacional, a impunidade. O primeiro significado importante do crescimento de uma consciência sobre o problema da impunidade na comunidade internacional foi a Convenção das Nações Unidas contra a tortura.

Na caminhada que fizemos pela floresta jurídica e histórica, onde por vezes a luz do correto incide por entre os obstáculos do enleado e do obscuro, concluímos que a tortura figura dentre as práticas humanas desde a antiguidade, ora como forma de expiação dos pecados perante divindades, ora como instrumento do próprio processo de investigação criminal legalmente instituída, chega até os nossos dias com um duplo papel, por um lado, proibida por leis nacionais e internacionais, por outro socialmente aceita com sua face medieva a de obtenção da verdade em nome da segurança. Para Emilio Ginés Santidrián

de nada sirven los tratados internacionales contra la tortura, los comités internacionales de control y prevención, si la sociedad no se revela clamorosamente, contra los tormentos y castigos, que en el siglo XVIII se consideraban elementos indispensables para el buen funcionamiento de la justicia y el mantenimiento del orden (cf. GINÉS SANTIDRIÁN, 2012, p. 279)

Deste modo, pode-se perceber ao longo do estudo que a tortura que foi utilizada em tempos passados como prática legítima na persecução penal, ainda hoje se faz presente, ao arrepio de todos os direitos conquistados em séculos de lutas. Embora tipificado na legislação pátria, a tortura ainda não recebe a atenção que lhe é devida na sociedade. Talvez por parecer um crime com vítimas restritas e

distintas, talvez pela vergonha em aceitar que tão lamentável prática subsiste em um Estado que se pretende digno e democrático (cf. FREITAS, 2009, p. 166).

Essa dualidade jurídica em torno da figura da tortura nos remete ao pensamento de Rudolf Von Ihering (1950, p. 290), num parágrafo sobre a “*Missão do Direito*”, que considera um problema insolúvel o de indagar o que é que constitui o conteúdo do Direito, porque ele é eternamente variável, e de forma atordoante, nos adianta: “*O direito não exprime a verdade absoluta: a sua verdade é apenas relativa e mede-se pelo seu fim. E assim é o Direito*”.

A Convenção contra a tortura de 1984 é considerada a mais significativa em concreto, antecipando o conceito de jurisdição universal para os crimes internacionais, pretende uma harmonização entre o direito interno e o internacional para que nenhum acusado pelo crime de tortura se encontre a salvo de perseguição e julgamento. Esse entendimento será seguido de perto pela Convenção Interamericana para prevenir a tortura de 1985. Porém, será com a lei nacional, que uma grande mudança ocorrerá. A Lei nº 9.455/97 amplia os sujeitos ativos admitidos como autores do crime, passando a valer na ordem nacional a sua aplicação tanto para agentes públicos quanto privados que preencham os seus requisitos.

Tal discussão quanto ao sujeito também chega à instância internacional e reflete-se no Estatuto de Roma que institui o Tribunal Penal Internacional, aceitando-se hoje de forma pacífica a noção de que todos os que praticam o crime de tortura, sejam investidos ou não de um poder político devem ser condenados pela prática de um crime contra a humanidade, o que prova uma mudança na classificação do crime na dogmática penal, antes, entendido como crime próprio à luz das Convenções, será classificado como crime comum perante a norma interna.

As legislações modernas, fundamentadas na proibição do uso da força, presente na Carta da ONU inauguraram a proteção internacional dos direitos humanos, bem como a responsabilização dos indivíduos, novos sujeitos de Direito Internacional Público.

A historicidade dessa conquista, não se pode deixar de reconhecer, mesmo conhecendo as eventuais falhas e dissimulações em suas próprias virtudes.

Portanto, a criação de tantos instrumentos internacionais e nacionais tem por finalidade última, a proteção da dignidade humana através do direito, ação perene e vitalizante da sociedade internacional em consonância com seu momento histórico hodierno.

No contexto histórico, buscamos abrir o caminho da melhor interpretação das normas proibitivas da tortura, como crime contra a humanidade tipificado no art. 7º do Estatuto do Tribunal Internacional, letra “f”. Lembrando que nossa própria Constituição, em seu Artigo 5º III, reforça esse preceito, ao estabelecer que *“ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”*.

A tolerância em relação à tortura é algo abominável desde o século XVIII quando representantes do movimento iluminista denunciaram a crueldade e malefícios gerados por tal prática, que na verdade serviria apenas para reduzir o ser humano à posição mais aviltante e humilhante diante da humanidade. Beccaria e Verri são dois grandes expoentes da defesa da dignidade ante a proibição da tortura, e por isso os referidos autores tem o seu pensamento sintetizado na expressão de Beccaria de que é monstruoso e absurdo exigir que um homem acuse-se a si mesmo, e procurar fazer nascer a verdade por meio de tormentos, como se essa verdade estivesse nos músculos e nas fibras do infeliz. Para Augusto Silva Dias (2002, p. 210) “poucas são as práticas tão consensual e redondamente proibidas quanto a tortura”.

Por tudo isso, acreditamos que não são admissíveis hoje, nem sequer com o fim de exercer a Raison d’Etat ou defender a segurança internacional, os atos de tortura. Como sintetizou Emilio Ginés Santidrián (2012, p. 276) “ a tortura não é admissível e nunca está justificada, nem sequer em guerras ou situações de emergência. A proibição absoluta da tortura é objeto de um total consenso internacional”. Neste mesmo sentido, Bruno Moura (2013, p. 230) afirma “o nosso sentimento jurídico comezinho costuma afirmar sem hesitar: o Estado de forma alguma e para nenhum fim pode torturar”. Assim, estes atos devem ser reprovados e abolidos, pois, ofendem não só a integridade física como também, a dignidade da pessoa humana, degradando o sentido e a majestade do objetivo da norma internacional. A tortura aplicada por funcionários ou por particulares inspira sentimentos implacáveis e contagiosos de ódio e de vingança.

Cícero (106 a.C – 43 d.C) afirmava, ainda, que nunca acreditou na utilização da tortura para se chegar à verdade pois, para ele, a tortura é dominada pelo sofrimento, rompendo a esperança debilitando o temor, no conjunto de tantas angústias, não ficando nenhum lugar para a verdade.

Sobre este contexto, Antônio Carlos Canêdo (2003, 28) sintetiza que preocupar-se com o “[...] desenvolvimento dos direitos humanos e pela necessidade

de punição de agentes envolvidos em crimes contra a humanidade, genocídio ou terrorismo significará a adesão a standards de valores mínimos”. Sendo assim, para uma prevenção e punição à prática da tortura faz-se necessário, na opinião do autor, sensibilizar os “[...] atores estatais para que observem determinados padrões de comportamento respeitando os direitos humanos invioláveis”, contudo, para que se possa operacionalizar essa garantia, deve-se apelar “[...] à necessidade de construção de regimes internacionais que a todos interessa”, advindo assim a necessidade da construção de um Tribunal Penal Internacional “bem sucedido na medida em que os principais atores do sistema internacional o perceberem como instituição capaz de tornar mais possível o comportamento de determinados governantes e contribuir para a formação de consensos indispensáveis na área de proteção dos direitos humanos”.

É de se concluir, portanto, que embora aceita durante muito tempo como forma de coerção, a prática da tortura é consensualmente hoje constituída como crime, que não abala apenas a ordem individual, mas toda a humanidade, muito tem sido feito em torno da sua prevenção e repressão, com diplomas no âmbito nacional e internacional, com mecanismos de intervenção para a investigação de sua prática, principalmente pós Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas contra a tortura, fiscalizando os sistemas penitenciários onde ainda hoje tal prática é amplamente utilizada, não apenas com o intuito de obter confissões e informações, mas para uma satisfação pessoal do próprio agressor.

Embora, na prática a conquista ainda não tenha sido tal grande quanto no campo legal, a configuração da tortura como um crime contra a humanidade e toda a consequência desta consagração, principalmente quanto à imprescritibilidade do crime, faz com que uma esperança se acenda, no sentido de que crimes cometidos no passado e que estavam escondidos atrás da capa da prescrição penal, do princípio da legalidade e de leis de anistia, possam agora ser julgados e seus perpetradores condenados, dando-se assim mais um passo a conscientização, para quem sabe em uma nova evolução da espécie, o homem extirpe de uma vez tal prática, pois que “torturar é negar o humano que existe em cada um de nós, torturar é buscar extorquir de dentro da experiência humana isso que atende o nome de alma” (cf. FARIAS, 2001, p. 74).

REFERÊNCIAS

ABDALA, Vinícius. Imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, vol. 97, ano 20, p.485-508, jul-ago., 2012.

ABELLÁN HONRUBIA, V. La responsabilité internationale de l'individu. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye (RCADI)**, Tome 280, 1999 p. 135-428.

ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de direito internacional público**. 2º Ed. III, São Paulo: Saraiva, 1957.

ALAMY FILHO, João. **O caso os irmãos Naves: um erro judiciário**. Belo Horizonte: Forense, 1993.

ALCAIDE FERNANDEZ, J. La interacción entre el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, **Cuadernos de Derecho**, nº 3, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Centro Asociado de Sevilla, 1990.

ALTAVILA, Jayme de. **Quilombo dos Palmares**. Nota nº 17 do Apêndice, São Paulo: Melhoramentos, 1921.

ALTEMIR, Blanc. **La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional**. Barcelona: Bosch Editorial, 1990.

AMBOS, Kai. Os princípios gerais do direito penal no Estatuto de Roma. In: CHOUKR. Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

AMBOS, K., **Los Crímenes más graves en el derecho penal internacional**, México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2005.

AMBOS, K. **La Corte Penal Internacional**, Colección de Autores de Derecho Penal (DONNA, E. A.), Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2007.

AMBOS, K. Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional, **Revista General de Derecho Penal**, vol. 17, p. 1-30, 2012.

AMNISTÍA INTERNACIONAL, **Acabar con la Impunidad, Justicia para las Víctimas de Tortura**, Amnesty International Publications, 2000.

ANISTIA INTERNACIONAL. **Pactos da humanidade: 24 documentos que Influenciam o presente e o futuro**. 1.Ed. Passo Fundo: Aldeia Sul Editora. 1997.

ANISTIA INTERNACIONAL. **Faça a sua parte: vamos acabar com a tortura**. Trad. Luiz Augusto Lopes. Publicações Anistia Internacional, 2000.

ARAGÃO, Eugênio José Guilherme de. **Crimes contra a humanidade: sistema internacional de repressão**. Revista TST, Brasília, vol. 75, nº 1, jan-mar, p. 1-13, 2009.

ARAÚJO, Luís de Amorim. **Delicta iuris gentium**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ARENDT, Annah, **Eichamann de Jerusalém**, São Paulo: Companhia de Letras, 2004.

ASCENSIO, Hervé. O desenvolvimento do Direito Internacional Penal. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (coord.). **O Brasil e os novos desafios do Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 265 – 285.

AWAD, Fahd. O princípio constitucional da dignidade humana. **Justiça do Direito**, vol. 20, nº 1, Passo Fundo, p. 111 – 120, 2006.

BAPTISTA, Eduardo Correia. **“Ius cogens” em direito internacional**. Lisboa: Lex, 1997.

BARBERO, Natalia. La tortura como crimen contra la humanidad. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, 3ª época, nº 6, p. 181-220, 2011.

BARRETO, Irineu Cabral. **A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada**. 3ª ed. Coimbra Editora, 2010.

BARQUIM SANZ, Jesus. **Los delitos de tortura y trato inhumanos o degradantes**. Madrid: Publicaciones del Instituto de Criminologia de la Universidad Complutense de Madrid, Edersa, 1992.

BASSIOUNI, Cherif; DERBY, Daniel. An appraisal of torture in international law and practice: the need for an International Convention for the Prevention and Suppression of Torture, **Revue internationale de droit penal**, vol. 48, nº 3 e 4, 1977.

BASSIOUNI, C. **Crimes against humanity in International Criminal Law**, Leiden/Boston: Martinus NIJHOFF Publishers, 1993.

BASSIOUNI. M.C. **Le droit à restitution, indemnisation et réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l’homme et des libertés fondamentales**, pub. O.N.U./C.E.S, Comm. des Droits de l’Homme, 2000.

BECCARIA, Césare Bonesana Marchesi di. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2001.

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Legislação penal especial: crimes hediondos, abuso de autoridade, tóxicos, contravenções, tortura, porte de armas e crimes contra a ordem tributária**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BETHENCOURT, Francisco. **História das inquisições: Portugal, Espanha e Itália, séculos XV-XIV**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

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

BIANCHINI, Alice, **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BÍBLIA. Português. **A Bíblia Sagrada: contendo o velho e o novo testamento**. Rio de Janeiro: Sociedade Bíblica do Brasil, 1962.

BIBLIOTECA NACIONAL DO CHILE. **Los crímenes de lesa humanidad: el jus cogens y las obligaciones erga omnes, la jurisdicción universal y la imprescriptibilidad**. Serie Estudios, nº 330, Santiago, 14 Dez. 2005.

BOLO AROCEMA, Maria Dolores. **Derecho internacional penal, estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para la represión**. Bilbao: Serviço editorial. Universidad del País Vasco. Euskal Herriko Unibertsitatea. 2004.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **A autoridade da coisa julgada no direito internacional público**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BURGERS, J. Herman; DANELIUS, Hans, **The United Nations Convention against torture**, Dordrecht / Boston / Londres, 1998.

BROUGH, Michael W. Combatant, Noncombatant, Criminal: the importance of distinctions, **Ethical Perspectives**, nº 11, Marcs, p. 176 – 188, 2004.

BRUGGER, Winfried. Darf der Staat ausnahmsweise foltern? **Der Staat**, n. 35, p.67-97, 1996.

BRUGGER, Winfried. Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter? **JZ**, n. 55, p. 165-173, 2000.

CANÊDO, Carlos Augusto. Ética internacional e direito internacional penal. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte - MG, v. 1, n. 11 e 12, p. 23-28, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral (art. 1º a 120)**. vol .1, 15 ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

CARDOSO, Elio. **Tribunal Penal Internacional: conceitos, realidades e implicações para o Brasil**, Brasília: FUNAG, 2012.

CARRILLO SALCEDO, J. **Soberanía de los Estados y derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo**, Madrid: Tecnos, 1996.

CASASSE, Antonio. **I diritti umani nel mondo contemporâneo**. Roma: Bari: Laterza, 1994.

CASSESE, Antonio. **Inhuman States**. Cambridge (USA): Polity Press, 1996.

CASADEVANTE ROMANI, Carlos Fernández. **Derecho Internacional de los derechos Humanos**, Madrid: Dilex, S.L 2000.

CAVALO, Vincenzo. **Diritto penale I**. Napoli: 1942.

CHESTERMAN, S. An altogether difference order: defining the elements of crimes against humanity. **Duke Journal of Comparative e International Law**, Durhan, NC, vol. 10, n. 2, p. 307 – 344, Spring, 2000.

CHINELI, Ana Paula; VITURINO, Robson. Dedo na ferida. in **Superinteressante**, São Paulo, n.208, Dez. 2004.

CIRENZA, Cristina de Freitas; NUNES, Clayton Alfredo. Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes e a Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura in SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. **Direitos Humanos: construção da liberdade e da igualdade**. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998.

COIMBRA, Mário. **Tratamento injusto penal da tortura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. Comentário Geral nº 20: artigo 7º (Proibição de tortura, pena ou tratamentos cruéis, inumanos ou degradantes), 44ª sessão, 1992 in Provedoria dos Direitos Humanos e Justiça. **Compilações de instrumentos internacionais de direitos humanos**, 1ª ed., Timor Leste: UNDP, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. **A tortura no direito internacional**. Trabalho apresentado no Seminário Contra a Tortura promovido pela Secretaria Especial de Direitos Humanos, realizado entre 3 a 5 de maio de 2010, em Brasília.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Crimes Hediondos: de Alberto Silva Franco, Rafael Lira e Yuri Felix. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 91, ano 19, p. 533-534, jul-ago, 2011.

CUESTA ARZAMENDI, Jose Luis de la. **El delito de tortura**. Barcelona: Editorial Bosch, 1990.

DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Droit internacional public**. 7º Ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2002.

DANNEMANN, Gerhard. **Schadenersatz bei Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention**, Köln/München, 1994.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Le crime contre l'humanité: l' interdit et Le respect.** Ramonville Saint Agne: Edition Erès, 1996.

DIAS, Augusto Silva. Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o génio do mal? Sobre a tortura em tempos de terror, in ANDRADE, Manuel da Costa *et al* (org.). **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias.** Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico.** Volumes 1,2,3 e 4. São Paulo: Saraiva, 1998.

DOSTOIEVSKI, **Crime et Châtiment.** 1866.

DOURDO, Denisart. **Tortura.** 2ª Ed. Leme: Editora de direito, 2001.

DUPUY, René. Jean. **O direito internacional.** Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

ESTATUTO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. in MAIA, MARTIELLE. **Tribunal penal internacional.** Derecho Inernacional, Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1997.

FARIAS, Maria Eliane Menezes de. Por uma maior eficácia no combate à tortura. **Revista CEJ/Centro Judiciário do Conselho de Justiça Federal,** Brasília, nº 14, p. 73-77, mai/ago, 2001.

FELIPE, Marcio Sotelo. **Razão jurídica e dignidade humana.** São Paulo: Max Limonad, 1996.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2003.

FERRER R., Luis E. Los crímenes contra la humanidad y el principio de jurisdicción universal: em busca de la justicia global. **Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas,** n. 6, p. 43-63, 2010.

FERNÁNDEZ-PALACIOS GORDON, Elena. La distinción entre crímenes y delitos internacionales, **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense,** Universidad Complutense, Madrid, Año 90, N. 66, p. 169-197, 1982.

FERNANDES, Paulo Sérgio Leite; FERNANDES, Ana Maria Babette Bajer. **Aspectos jurídico-penais da tortura.** 2. ed. Belo Horizonte: Editora Ciência Jurídica, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte.** 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

FIGUEIREDO, Cândido de. **Novo dicionário da língua portuguesa.** Project Gutenberg (Ebook), 2010. Disponível em <<http://www.gutenberg.org/files/31552/31552-pdf.pdf>> Acesso em: 30 Mai. 2014.

FOLEY, Conor. **Combate à Tortura**: manual para magistrados e membros do Ministério Público. Reino Unido: Human Rights Centre, University of Essex, 2003.

FOLEY, Conor. **Protegendo os brasileiros contra a tortura**: um manual para juízes, promotores, defensores públicos e advogados. Tradução Tatiana Dicenso, Rita Lamy Freund, Brasília: International Bar Association's Human Rights Institute (IBAHRI) / Ministério das Relações Exteriores Britânico e Embaixada Britânica no Brasil, 2011.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte especial. 3ª ed. São Paulo: Forense, 1981.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: a nova parte geral. 4ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994.

FRANCO, Alberto Silva. Crimes hediondos: uma alteração inútil. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n.16, p. 08, maio 1994.

FRANCO, Alberto Silva. **Tortura: breves anotações sobre a Lei n.9.455/97**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 19, jul/set. p.98-123,1997.

FRANCO, Alberto Silva *et al.* **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**, vol. 2, 7ª ed., São Paulo: RT, 2001.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 5ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAS, Jessica Oniria Ferreira de. Sobre a tortura e sua configuração jurídica e fática no Brasil. **Revista do CAAP/Centro Acadêmico Afonso Pena**, Belo Horizonte, nº 1, p. 161 – 187, 2009.

FOUCAULT, Michael. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 25ª ed., Trad. Raquel Ramallete, Petrópolis: Vozes, 2002.

GASSER, H. P., International Humanitarian Law: an Introduction, in HAUG, H. (ed.) **Humanity for all**: the International Red Cross and Red Crescent Movement, Berna: Paul Haupt Publishers, 1993.

GIL GIL, A. Los crímenes contra la Humanidad y el Genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de "Los elementos de los Crímenes", in AMBOS (Coord.), **La Nueva Justicia Supranacional. Desarrollos Post-Roma**, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002, p. 65-104.

GINÉS SANTIDRIÁN, Emilio. La problemática internacional de la prevención de la tortura. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 99, ano 20, p.275-298, nov-dez., 2012.

GOLSDSTONE, Richard. Cincuenta años después de Nuremberg: um nuevo tribunal penal internacional para crimines que atentan contra los derechos humanos. **Revista Memória**, nº 8, Nuremberg, 1966.

GOMES, Luiz Flavio. **Direito e razão do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GONÇALVES DA SILVA, Carlos Augusto Canêdo. **O genocídio como crime internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

GONZAGA, João Bernardino. **A inquisição em seu mundo**. São Paulo: Saraiva, 5ª ed., 1993.

GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. **Tortura e prova no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2002.

GOUREVITCH, Philip. **Gostaríamos de informá-lo de que amanhã seremos mortos com nossas famílias: histórias de Ruanda**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

GRAVEN, J. Les crimes contre l'humanité, **RCADI**, Tomo 76, p. 433-605, 1950-I.

GREGO, Luis; SCHÜNEMANN, Bernd. As regras por trás da exceção: reflexão sobre a tortura nos chamados “casos de bomba relógio” e comentário. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, vol. 78, p.7-41, mai-jun., 2009.

GREPPI, Edoardo. La evolución de la responsabilidad penal individual bajo el derecho internacional, **Revista Internacional de la Cruz Roja**, 30-09-1999. Disponível em: <<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdnnf.htm>> Acesso em: 09 Jun 2014.

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

GUZMÁN, Augusto J. Ibáñez. **El sistema penal em el Estatuto de Roma: crímenes de lesa humanidad**, Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

HERKENHOFF, João Batista. **Gênese dos direitos humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

HUBLE, R. De Nuremberg a la haya: los crímenes de derechos humanos ante la justicia: problemas, perspectivas. **Revistas memórias**. N°7 Nuremberg, 1995.

HUHLE, Rainer. Hacia una comprensión de los “crímenes contra la humanidad” a partir de Nuremberg, **Estudios Socio-Jurídicos**, Bogotá (Colombia), vol. 13, n. 2, p. 43-76, julio-diciembre, 2011.

HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

HUNTINGTON, Samuel P. **Choque de civilizações e a recomposição da ordem mundial**. Rio de Janeiro: Objetiva, 1997.

IHERING, Rudolf Von. **A evolução do direito**. Salvador: Progresso, 1950.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. 2. Ed., Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2001.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS. **O protocolo facultativo à Convenção das Nações Unidas contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes: um manual para a prevenção**. San José, C.R: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 2004.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS. **Protocolo facultativo à Convenção da ONU contra a tortura: manual de implementação**, ed. revisada, San José, C.R: IIDH, 2010.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Elements of crimes**. ICC-ASP/1/3(part II-B). Disponível em <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/336923D8-A6AD-40EC-AD7B-45BF9DE73D56/0/ElementsOfCrimesEng.pdf>> Acesso em 10 Jun. 2014.

IPSEN, Knut. Combatants and Non-combatants in FLECK, Dieter (ed.). **The handbook of International Humanitarian Law**, 2nd edition, Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 65-80.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. 25^a ed, v. 1, São Paulo: Saraiva, 2002.

JIMENÉZ DE ASUA, Luis. **Tratado de Derecho Penal**, 4^a ed., Tomo II, actualizada, Buenos Aires: Losada, 1977.

JIMENEZ GARCÍA, Francisco. La corte penal internacional. In. ROMANI, Carlos Fernández. **Derecho internacional de los derechos humanos**. Madrid: Editorial dilez, 2000.

JO, Hee Moon. **Introdução ao direito internacional**. São Paulo: LTr, 2000.

JURICIC, Paulo. **Crime de Tortura**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 1999.

KALIN, Walter; GABRIEL, Larisa. Human rights in times of occupation: an introduction, in KALIN. Walter (ed.), **Human Rights in Times Occupation: The Case of Kuwait**, Bern: Law Books en Europe, 1994, p. 1 -68.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Martin Claret. 2002.

KELSEN, Hans, **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

KITCHEN, Martin. **História da Alemanha moderna de 1800 aos dias de hoje**. São Paulo: Cultrix, 2013.

KITTICHAISAREE, K. **International Criminal Law**. New York: Oxford University Press, 2001.

KOOIJMANS, Peter H. The Role in Action of the UN Special Rapporteur on Torture, in CASSESE, Antonio (ed.). **The International Fight Against Torture**, Publications of the European University Institute. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1991, p.56-70.

LAZARD, Didier. **O Processo de Nuremberg**. Lisboa: Livraria Morais, 1965.

LAZREG, Marnia. **Torture and the Twilight of Empire: from Algiers to Baghdad**, Princeton: Princeton University Press, 2008.

LEAL, João José. **Crimes Hediondos**. 2ª Ed., Curitiba: Juruá, 2009.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade. **Estudos Avançados**, São Paulo, vol. 16, n. 45, 2002, p. 187-197.

LIMA, Alexandre Lopes Rocha. **Análise histórica e jurídica da legitimidade do uso da força na sociedade internacional**. Belo Horizonte: 2004. 149f. Dissertação (Directo Internacional Público) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Criminal Especial Comentada**, 2ª ed., rev. ampl. e atual., Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

LISZT, Franz Von. **Le droit international**. Paris: Pedone. 1927.

LÓPEZ, Francisco Javier Quel. **Régimen Jurídico de la lucha contra la tortura**. Madrid: Lerko Print, S.A., 2000.

LUISI, Luiz. **Princípios Constitucionais Penais**. 2ª Ed. Porto Alegre: Fabris, 2003.

MAIA, Marrielle. **Tribunal penal internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001.

MAIA, Luciano Mariz. Tortura no Brasil: a banalidade do mal. In: LYRA, Rubens Pinto. (Org.). **Direitos humanos: os desafios do século XXI: uma abordagem interdisciplinar**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 165-201.

MAQUEDA ABREU, M.L. La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes. **Anuário de Derecho Penal y Ciências Penales**, T. XXXIX, mayo-agosto, 1986.

MATTOSO, Glauco. **O que é tortura**. São Paulo: Nova Cultural Brasiliense. 1986.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MERON. Theodor. **Human rights in internal strife**: their international protection, Cambridge: Grotius Publications Limited, 1987.

METTRAUX, Guénael. Crimes against humanity in the jurisprudence of the international criminal tribunals for the former Yugoslavia and for Rwanda. **Harvard International Law Journal**. Cambridge, v. 43, n. 1, p. 237-316, 2002.

METTRAUX, Guénael. **International Crimes and the *ad hoc* Tribunals**, New York: Oxford University Press, 2005.

MIRABERTE, Julio Fabrini. Tortura: notas sobre a Lei nº 9455/97. **Revista da Associação Paulista do Ministério Público**. Agosto, 1997.

MIRABETE, Júlio Fabbrini, Tortura: Notas sobre a Lei 9.455/97, **Revista dos Tribunais**, v. 746, Dezembro, 1997.

MIRABETE, Júlio F. **Manual de Direito Penal**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18 ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005, São Paulo: Atlas, 2008.

MITTELARLTERLICHEN KRIMINALMUSEUMS. **Justiz in alter zeit**. Gemany, 1989.

MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes Hediondos**: texto, comentários e aspectos polêmicos. 8 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. Introd. e trad. e notas de Pedro Vieira Mota. 7º Ed. São Paulo: Saraiva. 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, Vital et al. **Compreender os direitos humanos**: manual de educação para os direitos humanos. Coimbra: lus Gentium Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013.

MOURA, Bruno. A propósito da chamada “tortura salvadora”: outra “quebra de tabu”, agora relativamente à proibição de valores da prova? **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, vol. 101, ano 21, p. 229-282, mar-abr., 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**, 6 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**, 10ª ed., rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NÚCLEO DOS PROFISSIONAIS DA SAÚDE PELA ANISTIA – CBA/SP, **Estudo sobre a tortura no Brasil**, 1978, Fundação Perseu Abramo Partido dos Trabalhadores, 02.09.2008. Disponível em <<http://novo.fpabramo.org.br/content/estudo-sobre-tortura-no-brasil#nota9>> Acesso em: 08 Jun 2014.

NÚÑEZ PALACIOS, Susana. La realización de delitos internacionales por individuos: algunos ejemplos. **Alegatos**, Universidad Autonoma Metropolitana, México, nº 74, Enero-Abril, 2010, pp. 267 – 292.

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

OLGIATE, Francesco. **Il Concetto di Giuridicita nella Scienza moderna Del diritto**. Milano: Ed. Da Societá Vita e Pensiero Milano, 1950.

OLIVEIRA, Lima. **História da civilização**. São Paulo: Melhoramentos, 1921.

OTERO, Paulo. **Direito Constitucional Português: identidade constitucional**. Vol. 1, Lisboa: Almedina, 2010.

OUFKIR, Malika; FITOUSHI, Michele. **Eu, Malika Oufkir: prisioneira do rei**. São Paulo: Companhia da Letras, 2000.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A Constituição viva: poder constituinte e cláusulas pétreas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

PEIXOTO A. K. El establecimiento del Tribunal Penal Internacional. **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Penal Internacional**. 113/118. 1998

PEREIRA, Maria de Assunção do Vale. **A intervenção humanitária no Direito Internacional Contemporâneo**, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

PETERS. Edward. **La tortura**. Trad. E. Minguez, Madrid: Alianza Editorial, 1987.

PICTET, J. **Commentary on the Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field**, Genebra: CICV, 1952.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PLAWSKY, Stanislaw. **Etude de principes fondamentaux du droit international penal**. Paris: Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1972.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistemas de Bibliotecas. **Padrão PUC Minas de normalização: normas da ABNT para apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias**. Belo Horizonte, 2006. Disponível em

<http://www.pucminas.br/bibliotecas/normalizacao_monografias.pdf> Acesso em 11 Jun. 2014.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. Vol 1, 12ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PUSTOGAROV, V. Fiódor Fiódorovich Martens (1845-1909): humanista de los tiempos modernos, **Revista Internacional de la Cruz Roja (RICR)**, nº 135, vol. 21, mayo-junio de 1996, pp. 324-339 Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1017/S0250569X00021026>>. Acesso em: 10 Jun 2014.

QUINTANO RIPOLLÉS, A. **Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal**, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto “Francisco Vitoria” Madrid, 1955.

QUINTANO RIPOLLÉS, A. **La criminalidad de guerra**. T. 6, Barcelona: Nueva Enciclopedia Jurídica, Seix, 1971

QUINTÃO SOARES, Mario Lúcio. **Teoria do estado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RAMELLA, Pablo. **Crimes contra a humanidade**. Trad. Fernando Pinto, Rio de Janeiro: Forense, 1987.

REINER, Silvain, **Et la terre será purê**. Paris: Fayard, 1969.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 9 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIZZATO NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **O Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva. 2002.

ROBERTS, Adam. The civilian in modern wars, **YbIHL**, vol. 12, 2009.

ROBINSON, N., **Defining “crimes against humanity” at de Rome Conference**, 93 Am., J. Int’l L. 43, 1999.

ROBINSON, D. Crimes Against Humanity: Reflections on State Sovereignty, Legal Precision and the Dictates of the Public Conscience, in LATTANZI, F.; SCHABAS, W. A. **Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court**, Vol. I, Roma: Il Sirente, 2000, p. 139-169.

RODRIGUES MESA, Maria José. **Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos**. Granada: Comares, 2000.

ROLIM, Marcos. Tortura no Brasil como herança cultural dos períodos autoritários. **Revista do Conselho de Justiça Federal**, Brasília, nº 14, p. 5-13, mai/ago, 2001.

RUEDA FERNÁNDEZ, C. Los Crímenes contra la Humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: ¿Por Fin la Esperada Definición? in CARRILLO

SALCEDO, J. A. (Coord.). **La criminalización de la barbarie**: la Corte Penal Internacional, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000, p. 301-324.

SAADI, Yacef. **La bataille de alger**. Tome I. 2^o edition. Entreprise Nationale du Livre, 1984.

SALVADOR CRESPO, Iñigo. Delitos contra la humanidad. **Revista Afese/88**, Quito, nº 13, p. 29-34, 1988.

SANTOS, Marino Barbero. Estado de derecho y sistema penal. **Actualidad Penal**, nº. 29, semana 17 al 23 de julio de 2000.

SCHABAS, W. A. **An Introduction to the International Criminal Court**, New York: Cambridge University Press, 2001.

SHAW, Malcolm. **International law**. 4^a ed. Cambridge: University Press, 1997.

SILBERT, M. **Traité du droit international public**. t. II, Paris: Rousseau & Cie, 1951.

SILVA, Alexandre Pereira da. Direito internacional penal (Direito penal internacional?): breve ensaio sobre a relevância e transnacionalidade da disciplina, **Revista Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 62, p. 53-83, jan./jun., 2013.

SILVA, Carlos Augusto Canêdo da. **O genocídio como crime internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Vol. IV, Rio de Janeiro: Forense, 1986.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 20^o ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, José Geraldo da; LAVORENTI, Wilson; GENOFRE, Fabiano. **Leis penais especiais anotadas**. 3^a ed., rev., atual. e ampl., Campinas: Editora Millennium, 2002.

SOLJÉNITSYNE, Alexandre. **L'aquipel du Goulag**. Seuil: tome 3. 1976.

SOUSA, Fernanda Nepumuceno de. **Tribunais de guerra**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SOUZA, Hersílio. **Novos direitos e velhos códigos**. Recife: Imprensa Industrial, 1924.

SPEISER, E. A. **The National Geographic Magazine** January, 1951. Washington. D.C.

STEINER, Sylvia Helena. A prevenção do crime de tortura no cenário internacional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 99, ano 20, p. 299-323, nov-dez., 2012.

SZNICK, Valdir. **Tortura: histórico, evolução e crime**. São Paulo: Leud, 1998

SZUREK, Sandra. La formation du droit international pénal. In : ASCENSIO, Hervé ; DECAUX, Emmanuel ; PELLET, Alain (orgs.). **Droit International Pénal**. Paris: A. Pedone, 2000, p. 7-22.

TEIXEIRA, Flávia Camello. **Da tortura**. Belo Horizonte:Del Rey, 2004.

THOMSON, Oliver. **A assustadora história da maldade**. São Paulo: Ediouro, 2002.

TICEHURST, Rupert. La cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados. **Revista Internacional de la Cruz Roja (RICR)**, 31.03.1997. Disponível em <<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlcy.htm>> Acesso em 19 Maio 2014.

TORON, Alberto Zacharias, Crimes hediondos (Lei n. 8.072/90), **Revista CEJ/Conselho de Justiça Federal**, Brasília, V. 3 n. 7 jan./abr., 1999 p. 32-39.

TRIFFTERER, O. (Ed). **Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: observers' notes, article by article**, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direito das organizações internacionais**. Brasília: Escopo, 1990.

ULLOA, Alberto. **Derecho internacional público**. Madrid: Ediciones Iberoamericanas, 1957.

VELLOSO, Ana Flávia Penna. A imprescritibilidade dos crimes internacionais in **III Anuário Brasileiro de Direito Internacional**, vol. 1, n. 1, Belo Horizonte: CEDIN, p. 11-27, 2006.

VERDROSS, Alfredo, **Derecho internacional publico**. Trad. Antonio Truyol y Serra, Madrid, 1967.

VERRI, Pietro. **Observações sobre tortura**. 2º Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

VILA NOVA, Helena Maria Soares. **A proibição da tortura como elemento de direito fundamental**. 2013, 54fl., Monografia (Pós Graduação em Direito Constitucional), Faculdade Internacional Signorelli, Natal.

WERLE, G. **Tratado de derecho penal internacional**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

YRIGOYEM, Jaime; **El proceso de Nuremberg y el derecho internacional**. Lima: Talleres Gráficos P. L. Villanueva, 1955.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Tratado de Derecho Penal**: parte general, I. Argentina: Editar, 1987.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. 5ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral, vol. 1, 9ª ed., rev. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Legislação

ANGHER, Anne Joyce. **Vade Mecum acadêmico de direito**. 3ª ed. São Paulo: Rideel, 2006.

BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de Fevereiro de 1891. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 24 Fev. 1891. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm> Acesso em 10 Jun. 2014.

BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de Julho de 1934. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 16 Jul. 1934, Suplemento e Republicado em 19 Dez. 1935. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> Acesso em 10 Jun. 2013.

BRASIL. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de Setembro de 1946. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 19 Set. 1946, Republicado em 25 Set. 1946 e 15 Out. 1946. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> Acesso em 10 Jun. 2014.

BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 Jan. 1967. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm> Acesso em 10 Jun. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional n. 45, de 30 de Dezembro de 2004, altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 Dez. 2004. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm> Acesso em 10 Jun. 2014.

BRASIL. Ministério da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar. Decreto-Lei n. 898 de 29 de Setembro de 1969. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Seção 1, Brasília, 29 set. 1969. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-898-29-setembro-1969-377568-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em 10 Jun. 2014.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Decreto nº 40, de 15 de Fevereiro de 1991. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 fev. 1991. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm> Acesso em 10 jun. 2014.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Decreto n. 592, de 6 de Julho de 1992, Atos internacionais. Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos. Promulgação. **Diário Oficial da União**, Brasília, 7 jul. 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm> Acesso em 13 Jun. 2014.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Decreto n. 4.388, de 25 de Setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 set. 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm> Acesso em 10 Jun. 2014.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei n. 4.898, de 9 de Dezembro de 1965, regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa civil e penal, nos casos de abuso de autoridade. **Diário Oficial da União**; Brasília, 13 Dez. 1965. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4898.htm> Acesso em 10 Jun. 2014.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Decreto n. 6.085, de 19 de Abril de 2007. Promulga o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotado em 18 de dezembro de 2002. **Diário Oficial da União**. Brasília, 20 abr. 2007. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6085.htm> Acesso em 10 Jun. 2014.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei n. 8.072, de 25 de Julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 26 Jul. 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm> Acesso em 10 Jun. 2014.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei n. 8.930, de 06 de Setembro de 1994. Dá nova redação ao art. 1º da Lei n. 8.072, de 25 de Julho de 1990, que dispõe sobre crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 7 Set.

1994. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8930.htm> Acesso em 10 Jun. 2014.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei nº 9.455, de 7 de Abril de 1997. Define os crimes de tortura e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 8 Abr. 1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9455.htm> Acesso em 10 Jun. 2014.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei n. 11.464, de 28 de Março de 2007. Dá nova redação ao art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de Julho de 1990, que dispõe sobre crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 29 Mar. 2007. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm> Acesso em 10 Jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 697. A proibição de liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 13 Out. 2003, p. 6.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 698. Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 13 Out. 2003, p. 6.

BRAZIL. Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio do Brazil. Carta de Lei de 25 de Março de 1824, manda observar a Constituição Política do Imperio, oferecida e jurada por Sua Magestade o Imperador. **Livro 4º de Leis, Alvarás e Cartas Imperiaes**. fls. 17. Rio de Janeiro em 22 de Abril de 1824. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm> Acesso em 10 Jun. 2014.

BRAZIL. Secretaria de Estado dos Negocios da Justiça. Lei de 16 de Dezembro de 1830, manda executar o Codigo Criminal. **Livro 1º de Leis**, Fl. 39. Rio de Janeiro em 8 de Janeiro de 1831. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm> Acesso em 10 Jun. 2014.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem, com as modificações introduzidas pelos Protocolos n. 11 e 14**. Disponível em <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf> Acesso em 10 Jun. 2014.

CONSEIL DE L'EUROPE. **Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre**. Strasbourg, 25. 1. 1974. Disponível em <<http://conventions.coe.int/treaty/fr/Treaties/Html/082.htm>> Acesso em 10 Jun. 2014.

Convenção I Convenção de Genebra para Melhorar a Situação dos Feridos e Docentes das Forças Armadas em Campanha (1949). Adoptada a 12 de agosto

de 1949 pela Conferência Diplomática destinada a Elaborar as Convenções Internacionais para a Proteção das Vítimas da Guerra, que reuniu em Genebra de 21 de Abril a 12 de Agosto de 1949. Entra em vigor na ordem internacional: 21 de Outubro de 1950. Disponível em <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais;dih-conv12-08-1949.html>> Acesso em: 20 jan. 2006.

Convenção III, Convenção de Genebra Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra (1949). Adoptada a 12 de Agosto de 1949 pela Conferência Diplomática destinada a que reuniu em Genebra de 21 de Abril a 12 de Agosto de 1949. Entrada em vigor na ordem internacional: 21 de Outubro de 1950. Disponível em <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dih-conv-III12-08-1949.html>> Acesso em: 20 jan. 2006.

Convenção IV, Convenção de Genebra Relativa à Proteção das Pessoas Civis em Tempo de Guerra (1949). Adoptada a 12 de agosto de 1949 pela Conferência Diplomática destinada a Elaborar as Convenções Internacionais para a Protecção das Vítimas da Guerra, que reuniu em Genebra de 21 de Abril a 12 de Agosto de 1949. Entrada em vigor na ordem internacional: 21 de Outubro de 1950. Disponível em <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dih-conv-IV-12-08-1949.html>> Acesso em: 20 jan.2006

Convenção para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Modificadas nos termos das disposições do Protocolo nº 11 Disponível em <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-eh/tidhuniversais/dih-conv-IV-12-08-1949.html>>. Acesso em: 20 Jan. 2006.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração sobre a Proteção de todas as Pessoas contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1975).** Aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 9 de Dezembro de 1975 (Resolução 3452 (XXX)). Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/tortura/lex222.htm>> Acesso em 10 Jun. 2014.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Convenção das Nações Unidas sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e crimes de lesa humanidade.** Adotada pela Resolução 2391 da Assembleia Geral em 26 de novembro de 1968. Entrada em vigor: 11 de novembro de 1970. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declara%C3%A7%C3%B5es-e-Tratados-Internacionais-de-Prote%C3%A7%C3%A3o/convencao-sobre-a-imprescritibilidade-dos-crimes-de-guerra-e-dos-crimes-contra-a-humanidade.html>> Acesso em 10 Jun. 2014.

NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança. **Estatuto do Tribunal Internacional para Julgar as Pessoas Responsáveis por Violações Graves ao Direito Internacional Humanitário Cometidas no Território da Ex-Iugoslávia desde 1991.** Resolução n.º 827, de 25 de Maio de 1993. Alterado pelas resoluções do Conselho de Segurança n.º1166, de 13 de Maio de 1998, e n.º 1329, de 30 de Novembro de 2000. Disponível em <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/tij-estatuto-jugoslavia.html>> Acesso em 10 Jun. 2014.

NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança. **Estatuto do Tribunal Internacional para o Ruanda**. Resolução n.º 955, de 8 de Novembro de 1994 e alterado pela Resolução do Conselho de Segurança n.º 1329, de 30 de Novembro de 2000. Disponível em <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/tij-estatuto-ruanda.html>> Acesso em 10 jun. 2014.

NACIONES UNIDAS. **Acuerdo de Londres para el establecimiento de um Tribunal Militar Internacional**. Londres, 1945. Disponível em <http://www.cruzroja.es/dih/pdf/Acuerdo_Londres_8_Agosto_1945.pdf> Acesso em 10 Jun. 2014.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (1969)**. Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992 Disponível em <http://www.dji.com.br/decretos/1992-000678/000678-1992_anexo_003_a_025.htm>. Acesso em: 20 jan. 2006.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar a Tortura (1985)**. Adotada e aberta à assinatura no XV Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, em Cartagena das Índias (Colômbia), em 9 de dezembro de 1985. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/cartagena.htm>> Acesso em 10 Jun. 2014.

PORTUGAL. Assembleia da República. Resolução da Assembleia da República n.º 3/90. Convenção Europeia para a Prevenção da Tortura e Tratamento ou Punição Desumana ou Degradante. **Diário da República**, I Série, n.º 25, 30.1.1990. p. 406 – 413.

Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949 relativo à Protecção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais. Adoptado a 8 de Junho de 1977 pela Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário aplicável aos conflitos armados. Disponível em <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dih-prot-I-conv-genebra-12-08-1949.html>> Acesso em 10 Jun. 2014.

Protocolo II Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949 relativo à Protecção das Vítimas dos Conflitos Armados Não Internacionais. Adoptado a 8 de Junho de 1977 pela Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário aplicável aos conflitos armados. Disponível em <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dih-prot-II-conv-genebra-12-08-1949.html>> Acesso em 10 Jun. 2014.

Jurisprudência

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus n. 70389-5, São Paulo. Tortura contra criança e adolescente, existência jurídica desse crime no direito penal positivo brasileiro, necessidade de sua repressão, convenções internacionais subscritas pelo

Brasil, previsão típica constante no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90, art. 233), confirmação da constitucionalidade dessa norma de tipificação penal, delito imputado a policiais militares, infração penal que não se qualifica como crime militar, competência da justiça comum do Estado-Membro, pedido deferido em parte. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 10.08.2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus n.93.229, São Paulo. Habeas corpus, prisão em flagrante, tráfico ilícito de entorpecentes, decretação de prisão preventiva, alegação, ausência de fundamentação, inexistência dos pressupostos autorizadores da prisão cautelar, liberdade provisória, inadmissibilidade, vedação legal, novel entendimento desta câmara, precedentes do STF e do STJ, decreto de prisão suficientemente motivado, constrangimento ilegal, inconfiguração, ordem denegada. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 24.04.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Habeas-corpus n. 93.591, Mato Grosso do Sul. Habeas corpus, direito processual penal, tráfico ilícito de entorpecentes, excesso de prazo, incidência da Súmula n. 52/STJ, prisão em flagrante, fundamentação idônea. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 04.08.2008.

CEDH, **Affaire Irlande v. Royaume – Uni Arret du, Requête n. 5310/71**, Cour (Plénière), 18.01.1978

CIDH, **Caso Velazques Rodrigues, série C nº 4 1988**, Julgamento, 29.07.1988.

ICTR, **Prosecutor v. Akayesu, Case ICTR-96-4-T**, Sentencing Judgement, 02.09.1998.

ICTR, **Prosecutor v. Alfred Musema, Case ICTR-96-13**, Judgment, 16.11.2001.

ICTR, **Prosecutor v. Clément Kayishema and Obel Ruzindana, Case ICTR-95-1 T**, Judgment, 01.06.2001.

ICTR, **Prosecutor vs. Laurent Semanza, ICTR-97-20-T**, Judgment, 15.05.2005.

ICTR, **Prosecutor v. Omar Serushago, ICTR-98-39-S**, Judgment, 5.02.1999.

ICTY, **Prosecutor v. Delalic, Case IT-96-21-T-A**, Judgment, 20.02.2001

ICTY, **Prosecutor v. Dragan Nikolic, Case IT-94-2-R-61**, TC, 20.10.1995.

ICTY, **Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic, Case IT-96-23 and 96-23/1**, Judgment, 22.02.2001.

ICTY, **Prosecutor v. Dusko Tadic, Case IT-94-1-A**, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 02.10.1995.

ICTY, **Prosecutor v. Furundzija, Case IT-95-17/1-A**, Judgment, 21.07.2000

ICTY, **Prosecutor v. Goran Jelisic, Case IT-95-10**, Judgment, 14.12.1999.

ICTY, **Prosecutor v. Milorad Krnojelac, Case IT 97-25-A**, Judgment, 17.09.2003.

ICTY, **Procecutor v. Miroslav Bralo, Case IT 95-17-A**, Sentencing Judgement, 2.04.2007.

ICTY, **Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Case IT-95-14**, Judgment, 29.07.2009.

ICTY, **Prosecutor v. Zdravko Mucic, Hazim Delic e Esad Landzo, Case IT-96-21-Abis**, Judgment, 8.04.2003.

ICTY, **Prosecutor v. Zoran Kipreskic and another, Case IT-95-16-T**, Jugement, 14.02.2000.

TEDH, **Ahmed v. Áustria, Acórdão 16 de novembro de 1996, Processo n. 71/1995/577/663**, Reports of Judgements and Decisions, 1996-VI.

TEDH, **Z. e Outros c. Reino Unido [GC], Acordão de 10 de maio de 2001, Processo nº 29392/95**, Recueil 2001 – V.