

HELVÉCIO GIUDICE DE ARGÔLLO

TORTURA
Na Atividade Policial Investigativa

ILHÉUS (BA), FEVEREIRO DE 2003

HELVÉCIO GIUDICE DE ARGÔLLO

TORTURA
Na Atividade Policial Investigativa

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado da Universidade Federal de Pernambuco, em convênio com a Universidade Estadual de Santa Cruz, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito

Orientador: Prof. Dr. Luciano Oliveira

ILHÉUS (BA), FEVEREIRO DE 2003

ARGÔLLO, Helvécio Giudice de

Tortura: na atividade policial investigativa / Helvécio
Giudice de Argôllo.- Ilhéus (Ba) , 2003

Orientador: Prof. Dr. Luciano Oliveira

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de
Pernambuco (UFPE) e Universidade Estadual de Santa Cruz
(UESC)

HELVÉCIO GIUDICE DE ARGÔLLO

TORTURA
Na Atividade Policial Investigativa

Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito

Ilhéus, 22 de dezembro de 2002.

Banca Examinadora:

Drs.:

Raimundo Juliano

Eduardo Rabenhorst

Maria dos Remédios

À

Tina, Verena, Ian, Lis, Mirian, Wilson, Diva e Nilo, minha
família,

pela tolerância e compreensão

AGRADECIMENTOS

À Tina, pela imprescindível colaboração na parte gráfica e suporte necessário para que tudo desse certo.

À Mirian Antônia, pelas suas incansáveis palavras de estímulo e otimismo.

À Wilma Vivas, pela paciência, apoio e incentivo.

Ao amigo e orientador Luciano Oliveira, pela paciência e compreensão nas horas certas

À UESC e à UFPE, por terem tornado possível a realização do mestrado.

A Luiz Carlos, companheiro de jornada.

Ao Camarada Lindomar, pela energia sempre positiva.

Aos meus queridos serventuários, pelo grande apoio.

Aos Delegados e demais entrevistados, pela colaboração imprescindível

Ah, se fosse assim tão simples! Se houvesse pessoas más em um lugar, insidiosamente cometendo más ações, e se nos bastasse separá-las do resto de nós e destruí-las. Mas a linha que divide o bem do mal atravessa o coração de todo ser humano. E quem se disporia a destruir uma parte do seu próprio coração?

Alexander Solzhenitsyn

ABSTRACT

HELVÉCIO GIUDICE DE ARGÔLLO

TORTURA
Na Atividade Policial Investigativa

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado da Universidade Federal de Pernambuco, em convênio com a Universidade Estadual de Santa Cruz, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito

Orientador: Prof. Dr. Luciano Oliveira

ILHÉUS (BA), FEVEREIRO DE 2003

ARGÔLLO, Helvécio Giudice de

Tortura: na atividade policial investigativa / Helvécio
Giudice de Argôllo.- Ilhéus (Ba) , 2003

Orientador: Prof. Dr. Luciano Oliveira

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de
Pernambuco (UFPE) e Universidade Estadual de Santa Cruz
(UESC)

HELVÉCIO GIUDICE DE ARGÔLLO

TORTURA
Na Atividade Policial Investigativa

Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito

Ilhéus, 22 de dezembro de 2002.

Banca Examinadora:

Drs.:

Raimundo Juliano

Eduardo Rabenhorst

Maria dos Remédios

À

Tina, Verena, Ian, Lis, Mirian, Wilson, Diva e Nilo, minha
família,

pela tolerância e compreensão

AGRADECIMENTOS

À Tina, pela imprescindível colaboração na parte gráfica e suporte necessário para que tudo desse certo.

À Mirian Antônia, pelas suas incansáveis palavras de estímulo e otimismo.

À Wilma Vivas, pela paciência, apoio e incentivo.

Ao amigo e orientador Luciano Oliveira, pela paciência e compreensão nas horas certas

À UESC e à UFPE, por terem tornado possível a realização do mestrado.

A Luiz Carlos, companheiro de jornada.

Ao Camarada Lindomar, pela energia sempre positiva.

Aos meus queridos serventuários, pelo grande apoio.

Aos Delegados e demais entrevistados, pela colaboração imprescindível

Ah, se fosse assim tão simples! Se houvesse pessoas más em um lugar, insidiosamente cometendo más ações, e se nos bastasse separá-las do resto de nós e destruí-las. Mas a linha que divide o bem do mal atravessa o coração de todo ser humano. E quem se disporia a destruir uma parte do seu próprio coração?

Alexander Solzhenitsyn

ABSTRACT

R E S U M O

Este trabalho versa sobre o fenômeno social da tortura; do seu sentido polissêmico, do seu aspecto multifacetado e dos desafios que engendra, notadamente da sua perseverança nas sociedades, a despeito do banimento pelos textos legais, tanto no plano do direito transnacional quanto na maioria dos ordenamentos jurídicos do mundo ocidental. A tortura tem uma história que se confunde com a história da própria humanidade e, nesse sentido, o seu estudo desafia um périplo histórico sociológico. Ela também desafia o direito positivo, na medida em que, mesmo proscrita, subsiste, de modo que a sua análise não pode prescindir do exato entendimento da lei em seu derredor. Igualmente, a tortura desafia questões éticas e morais, de modo que o olhar da filosofia e, mais especificamente, da filosofia jurídica, torna-se imprescindível para a sua compreensão e combate. Considerando essa multi perspectiva teórica que o fenômeno social da tortura suscita, inevitável que o presente trabalho dela se acercasse com metodologias específicas para cada uma das formas de sua apreensão nele procedida, destacando-se a nossa ênfase à sua incidência no procedimento policial investigativo, ou seja, no inquérito policial.

Palavras-chave: Tortura; Investigação Policial; Sociedade; Direito; Ética; Moral

A B S T R A C T

This work deals with the social phenomenon of 'torture' and its meaning variations, multifarious faces and the challenges it engenders, mainly with regard to aspects that allow its persistence in the societies, despite the fact that torture was banished from law texts, both in the planes of the multinational rights and the majority of the judiciary organizations in the western culture. The history of mankind and torture blends with one another, so that the study of torture faces a diverse of sociological considerations. The torture also defies the current right as it remains active in spite of its proscription; therefore, its analysis cannot be independent from the exact comprehension of the law surrounding it. In a similar way, the practice of torture challenges ethical and moral issues, such that its full understanding, as well as an efficient fight against it, also depend upon a philosophical approach. Hence, taking into consideration the several theoretical perspectives raised by the social phenomenon of torture, it was inevitable for this work to employ specific research methods, with a special emphasis in the police investigation.

R E S U M E

Ce travail traite du phénomène social de la torture ; de son sens polysémique, de son aspect multi-facettes et des défis qu'il engendre, notamment de sa persévérance dans les sociétés, malgré son bannissement par les textes légaux, tant sur le plan du droit transnational que pour la plupart des ordonnancements juridiques du monde occidental. La torture a une histoire qui se confond avec l'histoire de la propre humanité et, en ce sens, son étude provoque un périple historique sociologique. Elle défie également le droit, dans la mesure où, même proscrite, elle subsiste, ce qui fait que son analyse ne peut pas être dissociée de la compréhension exacte de la loi alentour.

De la même façon, la torture stimule les questions éthiques et morales, ce qui implique que le regard de la philosophie et, plus spécifiquement, de la philosophie juridique, est indispensable pour sa compréhension et son combat. Considérant la multi-perspective théorique suscitée par le phénomène social de la torture, il est inévitable que le présent travail s'appuie sur des méthodologies spécifiques pour chacune des formes levant à son appréhension, donnant emphase à son incidence dans le processus policier investigatif, en d'autres termes dans l'enquête policière.

Mots-clés: Torture ; Enquête Policière ; Société ; Droit ; Éthique ; Morale

SUMÁRIO

	Págs.
INTRODUÇÃO	11
Capítulo 1 - PODER DE POLÍCIA, POLÍCIAS E O INQUÉRITO POLICIAL	23
Sumário	23
Introdução	12
1.1 - O Poder de Polícia	26
1.1.1- Evolução do Poder de Polícia	29
1.1.2- Formas de Atuação do Poder de Polícia	32
1.1.3- Características do Poder de Polícia	33
1.1.4- Os Limites do Poder de Polícia	36
1.1.5 - Modalidades de Polícia existentes no Direito Brasileiro	37
1.2 - Disciplina Constitucional da Segurança Pública e das Polícias	40
1.2.1- Polícia de Segurança, Polícia Judiciária e Polícia Militar: distinção, organização e atribuições	43
1.3 - O inquérito policial e a que se presta	51
1.3.1- Natureza inquisitiva do Inquérito Policial e sua origem remota	54
1.3.2- A natureza acusatória do nosso processo penal	57
1.4. Os Atores do Inquérito Policial	59
Capítulo 2 - A TORTURA NA HISTÓRIA E NOS TEXTOS	61
Sumário	61
Introdução	61
2.1 - O que é a tortura?	62
2.2 - Breve retrospectiva da tortura legalizada no mundo	63
2.1.2 - China	63
2.1.3 - Índia	64
2.1.4 - Japão	66
2.1.5 - Egito	67
2.1.6 - Babilônia	68
2.1.7 - Hebreus	70
2.1.8 - Grécia	76
2.1.9 - Roma	78
2.1.10 -Germânia	83
2.1.11 -No Direito Canônico	85
2.1.12 -Idade Média e Moderna	88
2.1.13 -Iluminismo	91
2.3 - Um caso paradigma	93
2.4 - A Tortura legalizada no Brasil: legado colonial	98
2.5 - O banimento textual da tortura no plano internacional: principais documentos, extra-constitucionais e constitucionais	111
2.6 - O Tratamento atribuído à tortura nas constituições brasileiras anteriores à 1988	119
2.6.1- A Constituição de 1988 e o tratamento dispensado à tortura	123
2.7 - A Lei 9.455/97, nossa "Lei de Tortura": acertos e desacertos	126

Capítulo 3 - A REALIDADE DA TORTURA	137
Sumário	137
Introdução	137
3.1 - Os caminhos da tortura no mundo desde o seu banimento legal	138
3.2 - O Brasil e a tortura no período da ditadura militar	142
3.3 - As tentativas de justificação da tortura sob a ótica do torturador.....	147
3.4 - A realidade da tortura no âmbito da Polícia Civil nos dias atuais diagnósticos da ONU e da "Human Rights"	155
3.5 - As questões ética e moral que envolvem a ação da tortura	166
 Capítulo 4 - A PESQUISA EMPÍRICA	 176
Sumário	176
Introdução	176
4.1 - Elaboração dos instrumentos de coleta de dados	177
4.2 - Do Universo da amostra	179
4.3 - Perfil dos grupos entrevistados.....	180
4.4 - Análise dos dados coletados	185
4.5 - Considerações finais sobre a pesquisa	202
 Conclusão	 206

INTRODUÇÃO

O tema deste trabalho adveio de uma conversa. Conversa informal, havida com um amigo chegado, que por conta da confiança deixou de lado os pudores e reticências típicos de uma de suas identidades (a de policial civil) e passou a dizer-nos, de forma aberta e sem rodeios, sobre suas idéias, sentimentos e perspectiva sobre os temas que estiveram a todo o momento permeando o debate: de um lado, o fenômeno da tortura na atividade policial investigativa, de outro, a questão da dignidade da pessoa humana e seu princípio correlato.

O instante mais efusivo e, certamente, mais proveitoso do debate aconteceu ao discutirmos sobre a razoabilidade do reconhecimento incondicional desse princípio em favor de criminoso vil e/ou nas situações em que se enfrenta crimes hediondos, a exemplo do seqüestro seguido de morte, tráfico ilícito de entorpecentes etc.; sendo aí que veio à baila o tema da tortura, e de como, segundo nosso interlocutor, em algumas situações, essa "técnica" seria(é) defensável (legítima), por necessária(?), no campo da investigação policial, como expediente de salvaguardar interesses maiores e mais nobres que não o da integridade física e/ou psicológica do investigado, prática aliás, disse-nos "que embora repelida pela lei, é prodigamente utilizada, até com a aprovação, geralmente tácita, mas muitas vezes explícita mesmo, da sociedade". De outro lado, arrematou: "Não se pode exigir do policial, que vive o seu dia a dia em contato direto e constante com a crueldade e frieza do bandido, exigir que este seja tratado por aquele de maneira cortês. É utopia, pois na guerra não se pode pretender do soldado que aja com racionalidade".

Divergimos, e ainda continuamos divergindo, veementemente desse ponto de vista, contra o qual apresentamos uma série de argumentos; entretanto, como a discussão teve como ponto de partida as normas e princípios constitucionais que norteiam os dos Direitos Humanos, que proíbem a incidência da tortura em qualquer circunstância, pareceu-nos pouco eficiente, nas circunstâncias, sustentar nossa posição de repulsa

veemente à prática da tortura em outra matiz jurídica que não da dogmática. Assim, fomos bem enfáticos ao declarar que tal prática deve(ria) ser, incondicionalmente proscria, não só pelo fato de ferir, explicitamente, preceito constitucional mas, antes disso, pelo fato de atentar contra princípios e valores éticos que impõem o respeito incondicional à dignidade do homem, sem os quais estaremos todos fadados ao ocaso da vida humana.

A reação do nosso interlocutor foi instantânea, passando-nos a relatar dois episódios que, segundo ele, haviam sido vivenciados por colegas seus, em relação aos quais nos pediu julgamento. Não com a suposta imparcialidade de magistrado, advertiu, que costuma se postar distante da realidade dos fatos, mas como homem de "carne e osso" (foi essa, exatamente, a expressão utilizada), que estivesse vivendo e enfrentando as situações de perto, sem falsa devoção à lei e com as regras do senso comum. Eis os dois "casos" que nos foram colocadas, em tom de desafio, para julgamento:

PRIMEIRO CASO

Cinco seqüestradores mantinham no cativeiro, já por cinco semanas, três mulheres e duas crianças. Imprensa e sociedade estavam a exigir, com alarde, providencias para resolver a situação, até que um dos seqüestradores foi flagrado por policiais comprando mantimentos para o grupo numa padaria. Capturado, foi conduzido até a Delegacia, onde se lavrou o respectivo auto de flagrante. No interrogatório, o preso admitiu espontaneamente que era, de fato, participante do grupo seqüestrador, que sabia onde era o cativeiro mas não iria dizer. Com uns três ou quatro tapas, entretanto, terminou indicando onde ficava o esconderijo, que foi estourado, advindo a libertação dos reféns. Imprensa, família e sociedade aplaudiram a ação da polícia que, entretanto, foi, e é, ao menos pelos olhos da lei, ilegítima.

SEGUNDO CASO

Num plantão noturno de certa autoridade policial, por volta de 2h. da manhã, foi apresentado por alguns (dez, mais ou menos) moradoras de um condomínio de edifícios, um indivíduo "X", de aproximadamente 35 anos, classe média alta, bom emprego,

casado com uma jovem senhora de 35 anos, bem afeiçoada, com quem efetivamente convivia, juntamente com três filhos do casal: um garoto de 09 anos, uma menina de 08 e outra de seis. Dito indivíduo, ao ser apresentado à autoridade policial, estava em situação física bem precária. Tinha escoriações em várias partes do corpo e um braço quebrado, em razão de ter sido espancado por seis dos apresentantes, que foram facilmente identificados, pois não fizeram segredo em declarar, oficiosamente, que foram eles os autores do espancamento; ação que justificaram com a narração do seguinte episódio, procedida por dos membros do grupo: "Doutor, por volta de 1h. da manhã, notamos um choro muito insistente e agudo de uma criança, vindo do apartamento de "X". Como essa situação persistiu, alguns de nós, que somos moradores do condomínio, nos dirigimos até o apartamento de onde vinha a situação, e como encontramos a porta dos fundos aberta, nele adentramos, seguindo até o cômodo de onde procedia o choro. Lá, para nosso espanto, nos deparamos com a cena de "X" mantendo, ou tentando manter, relações sexuais com a filha de seis anos, sendo dela o choro insistente. Tiramos "X" de cima da menina e, confessamos Doutor, batemos bastante nesse animal. Acho que ele deve até se dar por satisfeito, pois o grupo decidiu, por interferência de um de nós - fulano de tal -, que não o entregaríamos para as demais pessoas do condomínio, que a essa altura já eram muitas no local, evitando assim um linchamento. Em vez disso, resolvemos trazê-lo até aqui. Levamos a menina para o Hospital "Y" e liberamos os dois irmãos dela, que estavam trancafiados num outro cômodo do apartamento. Descobrimos que a mãe dos meninos foi passar o final de semana na casa dos pais dela, no interior, e estará de retorno daqui a uns dois dias. É isso Doutor..."

Depois de expor os casos, nosso interlocutor deu-nos conta do desfecho do segundo caso, dizendo que o Delegado, à revelia da lei, havia indiciado em inquérito policial somente o apresentado, ou seja, "X", a pretexto de não ter conseguido identificar as pessoas que o haviam espancado, embora disso tivesse pleno conhecimento. Esclareceu ainda que essa omissão do Delegado aconteceu em resposta ao apelo e ponderação do grupo apresentante, no sentido do desgaste enorme e desnecessário que sofreriam caso fossem indiciados em inquérito policial, o que, segundo eles, seria uma

injustiça, já que, afinal, haviam feito o que, nas circunstâncias, qualquer ser humano, até instintivamente, faria; e até menos, na medida em que terminaram por poupar "X" de um linchamento mais grave, embora isso lhe fosse merecido.

Da exposição dos casos sucederam as seguintes perguntas, que haveriam de ser objeto dos julgamentos que nos foram solicitados, nos parâmetros anteriormente aludidos:

Uma: "Você condenaria, ante as circunstâncias, os policiais envolvidos na ação de tortura do primeiro caso? Em caso positivo, seria justa essa condenação aos olhos da sociedade e/ou, aos seus, enquanto pessoa dotada de sentimento e emoção ?"

Duas: "Se você fosse o Delegado do segundo caso, teria indiciado os agressores de "X" em inquérito policial ? Em caso positivo, não seria hipocrisia, falsa devoção a um sentimento que realmente não se tem, considerando que qualquer ser humano de "carne e osso", ou a própria sociedade, seria indulgente para com tais os agressores; coisa que a lei, fria e distante como é, nunca leva(ria) em consideração ?

A resposta imediata que tivemos ao desafio foi a de que, no primeiro dos casos, não importavam as circunstâncias em que as ações (de tortura) aconteceram, pois princípio é princípio, de modo que a tortura não se justifica(va) e nem pode(ria) ser aceita em qualquer situação. Em vista disso, sentenciamos: "agiríamos de acordo com a lei, ou, mais precisamente, nos termos da Constituição e de seus princípios, condenando todos os policiais envolvidos na ação de tortura que, afinal, é crime, e como tal não haveria espaço para tolerância aos agentes, ainda que fosse verdadeiro o invocado beneplácito da sociedade ou de quem quer que fosse".

Adotamos no julgamento do segundo caso o mesmo diapasão, ou seja, invocamos as regras e princípios legais vigentes e concluimos que, mesmo nas circunstâncias, indiciaríamos em inquérito policial todos os agressores de "X", por ser essa a conduta exigível, sobretudo por parte dos agentes do Estado, como é o Delegado de Polícia, a quem cumpre,

primeiramente, o dever de zelar pela preservação dos princípios constitucionais. Concluímos dizendo que assim o faríamos, ainda que nosso sentimento pessoal, de "homem de carne e osso", fosse, eventualmente, no sentido de concordar com a indulgência para com as pessoas do grupo que perpetraram as agressões (tortura) contra "X" e, por conta disso, deixá-los fora do indiciamento.

Fomos "acusados" de ser "xiita", excessivamente dogmático e insensível, ao fundamento de todos (imprensa e sociedade), no primeiro caso, aplaudiram a ação policial, bem como, certamente, achariam justa a omissão do Delegado quanto ao não indiciamento dos agressores de X ; como poderiam então os agentes envolvidos no primeiro episódio padecer condenação e as pessoas do segundo serem importunadas por prática de ação tida como legítima pela maioria das pessoas e/ou mesmo por qualquer ser humano de "carne e osso" ?

A conversa prosseguiu, e das colocações restantes do nosso interlocutor, com sua autorização, anotamos algumas. Claro; com a promessa de sigilo confessional. Eis as anotações colhidas:

01. "Essa história de Direitos Humanos para bandido é conversa furada de demagogo"; 02. "Direitos Humanos sim, mas não para bandido, que de humano não tem nada"; 03. "Quem está longe da realidade e da barra pesada do que está acontecendo ai fora, da crueldade da ousadia e da frieza do bandido é que vem com esse discurso de tratar o marginal com urbanidade. Queria ver se estivessem no front, o que é que fariam. Nós é que arriscamos nossa vida para dar proteção às suas famílias, em troca de um salário miserável, e ainda temos de nos defender, não só do bandido, mas também do demagogo que vem com essa história de dar mole para bandido. O fato é que quando o calo aperta neles, seja nas pessoas da família ou no patrimônio, a primeira coisa que pedem é para que se faça qualquer coisa com o bandido: Bater? sim, se necessário para recuperar os objetos do roubo ou furto ou mesmo como vingança pelo estupro, morte ou agressão de qualquer dos familiares. O que sempre querem meu amigo, é vingança. Essa é que é a

verdade." ; 04. "Cadê que antigamente bandido teria o topete de invadir Delegacia de Polícia para matar Delegado? "; 05. "Combater a criminalidade é lidar com a escória do ser humano, onde a lei que impera é a violência. O fato é que se agente não der, toma, e não tem outra regra não. Na hora do vamos ver, cada um que se vire. É assim que acontece. Bandido não entende outra coisa, outra linguagem"; 06. "Quer ver uma coisa: agora, depois do Estatuto da Infância e Juventude, quando pegamos em flagrante algum adolescente! homem de 17, quase 18 anos, matando, estuprando e/ou roubando, a primeira coisa que dizem é que são intocáveis, porque têm direitos, e até nos ameaçam até dizer ao Juiz e/ou ao Promotor ou seja lá quem mais, que foram maltratados, mesmo que isso tenha acontecido. E sabe quem está, na maioria das vezes, por trás do adolescente que mata, rouba e trafica? É o marginalzão, que aprendeu o caminho da intocabilidade do menor para usa-lo como laranja; "Claro que temos consciência de que o menor é, no fundo, uma vítima, mas a culpa é de quem? Nossa é que não é. O Estado que deveria garantir educação escola e saúde para eles é omissos. Cria o mostro e nós é que temos de tratá-lo com carinho, com urbanidade? Como, se a faca e o revólver é sempre faca e revólver, seja lá na mão de quem quer que seja, mata tanto quando usada pelo adulto como pelo adolescente."; 07. "Os advogados que comparecem na Delegacia para defender bandido só pensam, na sua maioria, em ganhar dinheiro, pois se não tem dinheiro na jogada, deixam os pés de chinelo lá, entregues às traças, mas se tem grana a coisa é bem diferente" ; 08. "O povo precisa e quer é proteção, e isso significa combater a criminalidade de forma eficaz, e é isso que nós fazemos. Se falha a prevenção, o que nos resta? Agir, claro. "O povo não acredita na Justiça, tanto que muitas pessoas nos procuram, sobretudo em se tratando de crimes contra o patrimônio (roubo, assalto, furto) para dar pancada. O que querem e pedem, quase sempre, é a devolução dos objetos furtados ou roubados, pouco se importando com o que vai acontecer com o agente do crime. Se vai ser processado ou não, condenado ou não, isso é irrelevante. Se para recuperar os objetos surrupiados for necessário dar porrada, então que se dê, dizem assim. 09. " Os havaianas, os pés de chinelo, não dão problema, pois entendem o esquema. O problema maior , e que mais irrita, são os filhos dos grandes, dos poderosos, que a primeira coisa que nos dizem depois de flagranteados é a velha frase: "você sabe com quem está falando" ? E o pior é que logo vem

em seu socorro toda um aparato de proteção. São os piores, os mais perversos"; 10. "Direito é para gente direita, não pra bandido, e bandido não é aquele que pratica um crime, mas o contumaz, o reincidente. 11. "Tem gente nas Delegacias que tem mais de cinquenta entradas, e ainda assim são considerados, aos olhos da lei, como primários. Têm de ser soltos, e para que? Matar, roubar ..."; 12. "Aqui no nordeste o bandido ainda tem algum respeito com a polícia, mas no sul, principalmente no Rio de Janeiro, a coisa anda feia. Bandido não respeita mais nada e nem ninguém." 13. "O que se tem de entender é que estamos em guerra, e em guerra a lei é do mais forte, de quem pode mais. Ou você mata ou você morre." ; 13. "Tem corrupção na polícia sim, mas onde não tem? o problema é que o policial está sendo visto e colocado, por boa parte da mídia, como se fosse o marginal, quando isso não é verdade. Não existe respeito pela atividade policial, que ganha uma miséria, e sempre foi assim. O salário chega a ser acintoso para a dignidade do policial. Não se fala tanto em respeito e dignidade do bandido, e a nossa dignidade, quem respeita? Disso ninguém fala ou se fala muito pouco. Normalmente, quando se fala da polícia, civil e militar, é só para meter o pau."; 14. "Já recebi pedidos de pessoas ligadas aos direitos humanos para bater em ladrão que assaltou a casa ou foi de alguma maneira afetado pela ação do bandido. Ai, claro, tudo muda"; 15. "De um tempo pra cá, sabe o que estou fazendo? estou seguindo a lei. Lavo as minhas mãos. Se tiver de soltar bandido, solto, basta não ter as condições legais para manter na prisão que ponho imediatamente na rua. Isso tem me custado problemas".

Passada a conversa, ainda que já tivéssemos desincumbido sumariamente do desafio dos julgamentos, algo nos deixava ansioso, causando incômodo, solto no ar, sem amarração. Foi então que nos demos conta, após refletir e refletir, mais e mais, sobre toda a conversa, de pelo menos parte daquilo que estava-nos provocando tais sentimentos. Era o fato de termos proferido os julgamentos com uma certa empáfia, algo autoritário, de quem costuma resumir o direito ao texto da lei e julgamento no velho e simples procedimento de subsunção. Em uma palavra, incomodava-nos o fato de termos proferido os hipotéticos julgamentos utilizando exclusivamente da perspectiva interna do direito (da dogmática e/ou da teoria geral do direito), o que significava ter apreciado e decidido as questões pela via do método de

conhecimento dogmático-formal, que é conseqüente e peculiar à apreensão do fenômeno jurídico a partir das normas entalhadas nos estatutos. Não que o(s) julgamentos, em si, nos parecessem equivocados ou injustos, haja vista os princípios que a ele subjaziam, mas as perguntas que mais incomodavam eram as seguintes: Que legitimidade, além da lei, sustentava as nossas decisões, se a própria sociedade haveria de tê-la(s), segundo o nosso interlocutor, como injusta(s)? Seria isso verdade? Teríamos sido, de fato, insensíveis e formalistas nos julgamento(s), como denunciado pelo nosso interlocutor?

A partir dessas reflexões, tomamos admitir que o(s) critério(s) do(s) nossos julgamentos haviam desatendido à recomendação solicitada, no sentido de que os casos deveriam ser apreciados e decididos sem a pseudoneutralidade e/ou imparcialidade do magistrado, mas com os critérios do *homem de carne e osso, que estivesse enfrentando a situação de perto, sem falsa devoção à lei e com as regras do senso comum*; em outras palavras, que os fatos deveriam ser julgados sem desprezo aos aspectos psicológico e pulsionais a que todos estamos sujeitos, bem assim aos valores da sociedade ou do senso comum, o que implicava numa perspectiva de apreensão e apreciação dos fenômeno além da norma jurídica, da dogmática, ou seja, sem subserviência ao ordenamento jurídico ou àquilo que o Estado julga, por seu conjunto editado de normas, ser o direito; perspectiva que enseja a avaliação do fenômeno pela via do método empírico-sociológico, que pouco ou nada tem de harmônico com o dogmático-formal.

Assumimos então que os julgamentos haviam, de fato, se assentado na perspectiva de dizer o justo ou legítimo divisando o direito enquanto forma, enquanto legalidade, enfim, enquanto norma jurídica posta, diante da qual não resta(ria) outro veredicto senão aquele que foram infligidos aos policiais, tanto ao Delegado omissos do primeiro, como os agentes do segundo, à conta de não terem agido como deveriam, ou seja, nos termos da lei, ou se esperava que devessem agir, ainda que tal fosse, por questões sociais e/ou psicológicas, inexecutável ao "ser humano de carne e osso", segundo a metáfora insistentemente utilizada e invocada pelo nosso interlocutor.

Cogitamos então que se estivéssemos na condição e posição dos protagonistas dos dois casos, talvez agíssemos, enquanto homem "de carne e osso", da mesmíssima forma que eles agiram. Repita-se, dando destaque, para evitarmos equívocos na colocação: **se estivéssemos na mesma condição e posição deles.**

Ao admitirmos essa inferência como verdade, por que haveríamos então de condenar as ações perpetradas pelos protagonistas dos dois casos?

Do incômodo à perplexidade, concluímos, para sermos leais conosco, que não deveríamos ter julgado como julgamos; que por esses novos parâmetros, agora levados em consideração, deveríamos ter sido indulgentes para com os protagonistas das narrativas. Não que com isso estivéssemos referendando suas ações de tortura, que a nosso juízo são sempre(?) execráveis, mas pelo fato de termos nos dado conta de que o nosso discurso, ou qualquer discurso no sentido da não violência ou tortura, nas circunstâncias, certamente soaria sem eco, considerando o perfil, no primeiro caso, e a situação, no segundo, dos sujeitos para quem esse discurso se dirigira. Referimo-nos aqui aos condenados do nosso primeiro julgamento, ou seja, aos policiais, bem assim à sociedade, ou boa parte dela, que vai no sentido de admitir a tortura como meio adequado, em certas circunstâncias, na investigação policial.

Mas e aí? Continuamos refletindo: como fica(ria) a lei, a Constituição? E seus (nossos) princípios? Que paradoxo! Se de um lado tínhamos (e temos) como norte do nosso agir e julgar o princípio da não violência, como seria possível vê-lo transgredido, e ainda assim sermos indulgente para com seus transgressores? Foi exatamente desse paradoxo que surgiram, não só o tema, mas quase todos os demais elementos necessários para compor a dissertação que ora apresentamos.

O tema, claro, ficou sendo é a tortura, delimitado, porém, na atuação da Polícia Judiciária e no procedimento do Inquérito Policial.

Decidido o tema, restava-nos ainda duas decisões importantes a serem tomadas: a de que maneira iríamos nos acercar dele, ou seja, que tipo de pesquisa iríamos empreender para examiná-lo, e com que variáveis trabalharíamos.

Essa decisão, como não poderia deixar de sê-lo, foi fortemente influenciada pelas perguntas que desejávamos responder em derredor do tema, ou seja, com vistas a responder aos problemas suscitados em derredor da tortura, a partir das colocações do nosso Delegado interlocutor. Destarte, elegemos as seguintes perguntas, cujas respostas passaram a ser o objetivo do presente trabalho:

Considerando a multiplicidade de fundamentos exigidos pela natureza dos questionamentos, inclusive dentro da área do próprio saber jurídico, optamos por empreender a pesquisa sem desprezar este ou aquele ramo do direito, implementando-a, destarte, não só com o olhar da dogmática, mas igualmente da filosofia e da sociologia jurídicas, sempre buscando a forma mais adequada e eficaz para a compreensão do problema da tortura que, inquestionavelmente, trata-se de fenômeno social multifacetado, cuja assimilação será sempre mais carregada de equívocos quanto menor o panorama que estabeleçamos para a sua análise.

Diante dessa opção, e consoante a tipologia estabelecida por Gil¹, a pesquisa pode ser classificada da seguinte maneira: Com base nos objetivos a serem alcançados, assume um colorido múltiplo, pois ora é empreendida com predominância do tipo de pesquisa exploratória, o que ocorre, por exemplo, quando busca o aprimoramento de idéias e a descoberta de intuições sobre a tortura; ora é executada sob o signo mais marcante do tipo de pesquisa descritiva, quanto procura levantar as opiniões e atitudes sobre determinados grupos com relação a tortura, e ora é perpetrada com

¹ GIL, Antônio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1991, p. 45.

vistas a identificar alguns fatores que contribuem para a ocorrência da tortura, quanto então assume uma feição de pesquisa do tipo explicativa.

Sob o ponto de vista dos procedimentos técnicos utilizados, ou seja, de acordo com o modelo conceitual e operativo da pesquisa ou do seu delineamento, que considera o ambiente em que são coletados os dados e as formas de controle das variáveis envolvidas², a pesquisa pode ser classificada como bibliográfica, na medida em que se utiliza de livros e artigos científicos, bem assim documental, porquanto nela não se deixa de utilizar material que ainda não recebeu tratamento analítico, como ocorre no tipo de pesquisa anterior; caracterizando também com uma pesquisa ex-post-facto, na medida em que se presta a tomar como experimento situações que se desenvolveram naturalmente e trabalhar sobre elas, única que possibilita, segundo Gil, "a consideração de fatores históricos que são os fundamentais para a compreensão das estruturas sociais"³ e, por fim, uma pesquisa de levantamento, porquanto se utilize de interrogação direta das pessoas cujo comportamento se deseja conhecer, havida através de questionários e entrevistas aplicados com Autoridades Policiais, Condenados por crime de latrocínio (roubo seguido de morte) e ao grupo que denominamos "pessoas do povo", procedimentos que se encontram detalhadamente descritos no capítulo intitulado "A Pesquisa Empírica".

O trabalho está dividido em quatro capítulos, cada um dotado de sumário e introdução específicos, com o que entendemos facilitar o seu manuseio e leitura, já que o sumário proporciona um panorama do respectivo capítulo, dispensando a manipulação das páginas para verificação do conteúdo, e a introdução resume os objetivos de cada um dos capítulos, com o que se facilita a compreensão do objetivo dos mesmos.

No capítulo um, de conteúdo mais dogmático, cuida-se, basicamente, de estabelecer o entendimento da complexa estrutura policial brasileira, fixar as diferenças e competências das polícias repressiva e de

² Idem, ibidem, p. 48.

³ Idem, ibidem, p. 55.

segurança, esclarecer sobre as imprecisões conceituais comumente utilizadas em derredor das mesmas, apontar as exatas distinções entre o Poder de Polícia e o Poder da Polícia e, finalmente, delinear o inquérito policial e qual a sua finalidade dentro do sistema processual pátrio.

No Capítulo dois trata-se de destacar sobre a polissemia do termo "tortura" e de se delinear a sua evolução histórico-sociológica através dos principais textos legais dos vários povos e civilizações até os dias de hoje, da sua proscrição legal, procedendo-se, ao final, uma análise da atual Lei de Tortura em vigor no país desde 1997, apontando seus acertos e desacertos.

No capítulo 03 procura-se descrever os caminhos da tortura desde o seu banimento legal, sua permanência e eventual recrudescimento, com destaque aos episódios da Primeira e Segunda Guerras Mundiais e, no plano nacional, durante o período da ditadura militar dos anos sessenta e setenta e posterior, já sob o país sob a égide da Constituição de 1988. Por fim, analisa-se as questões ética e moral que envolve o problema da tortura.

No quarto e último capítulo são apresentados os dados da pesquisa empírica empreendida, com análises dos gráficos e tabelas confeccionados sobre a mesma.

CAPÍTULO 01

- PODER DE POLÍCIA, POLÍCIAS E O INQUÉRITO POLICIAL -

SUMÁRIO: Introdução; **1.1** - O Poder de Polícia; **1.1.1**- Evolução do Poder de Polícia; **1.1.2**- Formas de Atuação do Poder de Polícia; **1.1.3**- Características do Poder de Polícia; **1.1.4**- Os Limites do Poder de Polícia; **1.1.5** - Modalidades de Polícia existentes no Direito Brasileiro. **1.2** - Disciplina Constitucional da Segurança Pública e das Polícias; **1.2.1**- Polícia de Segurança, Polícia Judiciária e Polícia Militar: distinção, organização e atribuições. **1.3** - O inquérito policial e a que se presta; **1.3.1**- Natureza inquisitiva do Inquérito Policial e sua origem remota; **1.3.2**- A natureza acusatória do nosso processo penal; **1.4**. Os Atores do Inquérito Policial.

INTRODUÇÃO

A imagem que as pessoas costumeiramente fazem sobre a polícia, nas palavras dos cientistas sociais Loche, Helder, Souza e Wânia⁴, é que

ela seria parte integrante do sistema de **justiça criminal**. Assim, a **Polícia, ministério público, juízes, tribunais e penitenciárias funcionariam de forma integrada e buscando atingir os mesmos objetivos**; tudo isso implicaria a existência de uma agenda comum entre cada instituição, formulada pelos poderes constituídos, isto é, os governadores e as assembleias estaduais, no que chamaríamos de uma política pública de segurança e justiça. Mais ainda, que essa política teria como objetivo, naturalmente, prevenir e reprimir a criminalidade, quer dificultando a realização de crime, quer julgando criminosos, quer fazendo com que os criminosos cumprissem suas penas. (*destacamos*)

Os mesmos autores concluem, poucas linhas depois, que as pesquisas sociológicas têm demonstrado que a realidade do sistema de justiça criminal é mais complexa do que essa imagem do senso comum, dizendo assim:

os pesquisadores perceberam que há uma **forte tensão entre** o cumprimento da lei (**legalidade**) e a manutenção da ordem (**extralegalidade**) **presente na definição mesma das atribuições da polícia civil**. Embora a polícia tenha um mandato bem definido

⁴ LOCHE, Adriana et al. **Sociologia Jurídica**: Estudos de Sociologia, Direito e Sociedade. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 167.

dentro da ordem democrática, sua ação cotidiana põe em choque a defesa das liberdades individuais e as necessidades da sociedade em prover justiça. (*os destaques são nossos*)

Sucedendo a essas colocações, iniciais ao capítulo da obra intitulado "Polícia, direito e poder discricionário, os autores asseveram que "a violência policial tem chamado muito a atenção pública"; e passam a delatar alguns episódios recentes de violência policial, narrando-os da seguinte maneira⁵:

Recentemente, assistimos, pasmos, a grupos de policiais praticarem pedágio em favelas, que consistia em dar uma *blitz* e extorquir dinheiro das vítimas - trabalhadores e jovens negros -, sob ameaças, agressões e mesmo assassinatos. (Favela Naval e Cidade de Deus); vimos extermínio de meninos e meninas de rua (Massacre da Candelária) e vingança que redundou em dezenas de mortos (Massacre do Vigário Geral). Sem contar com o macabro "Massacre do Carandiru", no qual 111 presos foram brutalmente mortos por policiais militares após uma tentativa de rebelião.

A estrutura policial brasileira é, de fato, bastante complexa. No plano constitucional atual encontra-se delineada no art. 144 do Constituição de 1988⁶, tópico referente à Segurança Pública, onde existem referencias à várias polícias: Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal, Polícias Civis, Polícias Militares e Corpos de Bombeiro Militares.

Não obstante, é freqüente depararmo-nos com publicações, mesmo especializadas, fazendo referência à "Polícia", de forma unívoca, como se todas elas (as nossas Polícias) tivessem, institucionalmente, as mesmas atribuições, o que é um equívoco perigoso, na medida em que dele podem resultar críticas e conclusões enganosas, como, por exemplo, a de se atribuir responsabilidades inadequadas, ou ainda, críticas inadequadas ao nosso

⁵ Ob. cit. p. 168.

⁶ Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária Federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpo de bombeiros militares.

sistema policial, em que pese as aberrações que decerto existem, e não são poucas.

De igual modo, verificam-se artigos denunciadores da violência policial, sobretudo na grande imprensa, maculados de imprecisões graves quando fazem referencia à Polícia Judiciária, ao Ministério Público e do Poder Judiciário, o que denota um certo desconhecimento das atribuições legais ou do exato papel que cada uma dessas instituições no âmbito do ordenamento jurídico nacional.

Os textos acima transcritos servem de referencia às imprecisões que mencionamos. De suas leituras não e fica claro, por exemplo, sobre que polícia está-se tratando, o que pode levar o leitor à falta de conclusão precisa ou, pior, equivocada, quanto as responsabilidades dos conhecidos e lamentáveis episódios da Favela Naval, Cidade de Deus, Candelária e Vigário Geral.

Ainda: existem nos textos conclusões flagrantemente equivocadas no que diz respeito aos papeis institucionais da Polícia, do Ministério Público e do Poder Judiciário, quando, por exemplo, neles se menciona que todos, Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário agiriam de forma integrada, buscando atingir os mesmos objetivos, ou que, da definição das atribuições da polícia civil estaria presente "forte tensão entre a [...] legalidade e [...] extralegalidade" (destaques nos textos).

Dissemos que tais conclusões redundam em equívocos flagrantes. Cabe explicarmos. É que os objetivos de tais instituições não são, em absoluto, comuns. Muito ao contrário, em certas circunstâncias afiguram-se até antagônicos. Também não é correto afirmar que exista qualquer dispositivo legal de fixação das atribuições da Polícia Civil no nosso ordenamento jurídico que possa redundar dúvida aos agentes deste órgão estatal em agir na legalidade ou na extralegalidade. O comando constitucional, nesse sentido, é claro e impõe, não só às Polícias, mas a toda Administração Pública operarem,

sempre, na legalidade, ou seja, no estrito cumprimento da lei⁷. Se existe a tensão mencionada, e sabemos que existe, ela não emana de qualquer dubiedade atributiva da lei, mas sim de circunstâncias factuais.

É preciso, pois, para bem dizer, acercarmo-nos, sem qualquer preconceito, de todo o conhecimento possível sobre o quanto se diz, daí a razão da abertura do presente capítulo, que cuida de esclarecer sobre o nosso modelo policial, do papel institucional das polícias no âmbito do ordenamento jurídico nacional, das atribuições de cada uma das nossas polícias, em particular da polícia civil, bem assim do procedimento do inquérito policial, o que se fará, sobretudo, pelo viés dogmático, do qual, nessa empreitada, não se pode prescindir, porquanto concirna à dogmática o estudo do direito enquanto sistema, ou seja, da ordem jurídica posta.

Essas verificações são pertinentes neste trabalho, na medida em que a abordagem sobre o fenómeno da tortura que nele se cuida é restrita ao âmbito da polícia civil, notadamente estadual, e ao palco do inquérito policial, circunstâncias que fazem impor esclarecimentos sobre o que e são e qual o papel dentro do ordenamento jurídico, da polícia civil e o inquérito policial.

De igual modo haveríamos de reservar um espaço para averiguar sobre a origem remota da polícia no Brasil, já que a proposta do trabalho não se limita a dizer sobre, mas também de arrisca a sugerir alguns porquês da prática recorrente da tortura na atividade policial investigativa, a despeito da lei, dentre as quais, certamente, a gênese, ao que nos parece, assume importância relevante.

1.1 - O PODER DE POLÍCIA

O tema relativo ao poder de polícia coloca em confronto a liberdade individual e a autoridade da Administração Pública. De um lado, o cidadão quer

⁷ Art. 37º da Constituição Federal de 1988: "A administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência ..."

exercer plenamente os seus direitos; de outro, a Administração tem por incumbência condicionar o exercício daqueles direitos ao bem-estar coletivo, o que realiza através do seu poder de polícia ⁸.

Em tese não existe incompatibilidade entre os direitos individuais e os limites a eles impostos pelo poder de polícia, na medida em que a idéia de limite advém do próprio conceito de direito subjetivo⁹, no sentido de que tudo aquilo que é juridicamente garantido pelo ordenamento jurídico, é também juridicamente limitado, valendo a observação de que tal poder, concedido à administração pública, é consagrado por todas as constituições do mundo, inclusive dos Estados Democráticos de Direito, à conta de que seria impossível administrar a coisa pública e gerir o interesse coletivo sem interferência na esfera privada.

Nas palavras de Themístocles Brandão Cavalcanti, citado por Di Pietro¹⁰, o poder de polícia "constitui um meio de assegurar os direitos individuais porventura ameaçados pelo exercício ilimitado, sem disciplina normativa dos direitos individuais por parte de todos". Trata-se, por conseguinte, de limitação à liberdade individual, mas tendo por fim assegurar esta própria liberdade e os direitos essenciais do homem.

Esclarecendo sobre tal poder, diz Mello¹¹:

Através da Constituição e das leis os cidadãos recebem uma série de direitos. Cumpre, todavia, que o seu exercício seja compatível com o

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 107.

⁹ Vele destacar as seguintes observações de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, sobre o conceito de direitos subjetivos: "A expressão tem uma carga valorativa positiva: direito subjetivo significa que a situação jurídica é considerada da perspectiva de um sujeito a quem ela favorece [...] via de regra, esta situação favorável surge em face de normas que restringem o comportamento dos outros. Daí a usual correlação entre direito (de um) e dever (do outro) bem como a idéia de que a liberdade é um privilégio a que se contrapõe uma restrição à liberdade dos demais [...] o uso do conceito pressupõe a possibilidade de fazer valer sua situação em face de outros, ou seja, implica "faculdade" ou "poder" e ainda a afirmação autônoma do indivíduo (note-se que "faculdade" ou "poder" não designam coisas, substâncias, mas relações ou modo de operar relações: *ter poder* significa que os outros se comportam perante a mim de modo submisso, *ter faculdade* significa que tenho condições de provocar certos comportamento nos outros.", **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 152.

¹⁰ Op. cit. p. 167.

¹¹ MELLO. Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 391.

bem-estar social. Em suma, é necessário que o uso da *liberdade* e da *propriedade* esteja entrosado com a utilidade coletiva, de tal modo que não implique uma barreira capaz de obstar à realização dos objetivos públicos.

Convém desde logo observar que não se deve confundir liberdade e propriedade com *direito de liberdade* e *direito de propriedade*. Estes últimos são expressões daqueles, porém, tal como admitimos em um dado sistema normativo. Por isso, rigorosamente, falando, não há limitações *administrativas* ao *direito de liberdade* e ao *direito de propriedade*. [...] há sim, limitações à liberdade e à propriedade.

Fried¹², por seu turno, traz as seguintes notas sobre o poder de polícia:

O poder de polícia pode ser entendido como o conjunto de restrições e condicionantes a direitos individuais em prol do interesse público prevalente. Traduz-se, portanto, em conjunto de atribuições outorgadas à Administração para disciplinar e restringir, em favor do interesse social, determinados direitos e liberdades individuais [...] é fundado no princípio da prevalência do direito público sobre o direito privado.

Do exposto, pode-se concluir que o "poder de polícia" tem como fundamento o princípio da predominância do interesse público sobre o particular, que dá à Administração posição de supremacia sobre os administrados.

Não se deve perder de vista, e isso é nota importante para os fins deste trabalho, que a expressão "poder *de* polícia" não se confunde com "poder *da* polícia". Aquela trata de um dos poderes da administração pública, que pode vir a utilizar o poder *da* polícia para fazer valer as decisões administrativas amparadas por aqueles poderes.

¹² FRIED. R. **Lições Objetivas de Direito Administrativo**: para concursos públicos e universitários. São Paulo: Saraiva. 1999.

1.1.1 - EVOLUÇÃO DO PODER DE POLÍCIA

O termo polícia, segundo Di Pietro¹³, origina-se do grego *politea*, sendo utilizado para designar todas as atividades da cidade-estado (*polis*), sem qualquer relação com o sentido atual da expressão.

Na idade média, durante o período feudal, o príncipe era detentor de um poder conhecido como *jus politiae*, que designava tudo o que era necessário à boa ordem da sociedade civil sob a autoridade do Estado, em contraposição à boa ordem religiosa, de competência exclusiva da autoridade eclesiástica¹⁴.

Posteriormente, em fins do século XV, o *jus politiae* volta a designar, na Alemanha, toda a atividade do Estado, compreendendo poderes amplos de que dispunha o príncipe, na ingerência da vida privada dos cidadãos, incluindo sua vida religiosa e espiritual, sempre sob o pretexto de alcançar a segurança e o bem estar coletivo. No entanto, logo se estabeleceu uma distinção entre a *polícia* e a *justiça*; a primeira compreendia normas baixadas pelo príncipe, relativas à Administração; a segunda compreendia normas que ficavam fora da ação do príncipe e que eram aplicadas pelos juízes.

O poder de polícia do príncipe foi sofrendo restrições em seu conteúdo, deixando de alcançar, primeiro as atividades eclesiásticas, depois as militares e financeiras, chegando a um momento em que se reduzia a normas relativas à atividade interna da Administração. Posteriormente, ainda, passou-se a ligar a polícia à idéia de coação, momento em que começa a distinguir-se a atividade de polícia das demais atividades administrativas, hoje chamadas de serviço público e fomento¹⁵.

Com o Estado de Direito, modelo de Estado que tem como princípio básico a legalidade, não se aceita mais a idéia de existirem leis a que o próprio

¹³ Op.cit. p. 108.

¹⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 578.

¹⁵ FALLA, Fernando Garrido. **Las transformaciones del regimen administrativo**. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1962.

príncipe não se submeta, inaugura-se nova fase em que não se aceita mais a idéia de existirem leis a que o próprio príncipe não se submeta.

Esclareça-se, com as palavras de Di Pietro¹⁶, que:

Num primeiro momento, o Estado de Direito desenvolveu-se baseado nos princípios do liberalismo, em que a preocupação era a de assegurar ao indivíduo uma série de direitos subjetivos, dentre os quais a liberdade. Em consequência, tudo o que significasse uma interferência nessa liberdade deveria ter um caráter excepcional. A regra era o do livre exercício dos direitos individuais amplamente assegurados nas Declarações Universais dos Direitos Humanos, depois transpostas para as Constituições; a atuação estatal constituía exceção, só podendo limitar o exercício dos direitos individuais para assegurar a ordem pública. A polícia administrativa era essencialmente uma polícia de segurança.

Um segundo momento se inicia quando o Estado liberal começa a transformar-se em Estado intervencionista; a sua atuação não se limita mais à segurança e passa a estender-se também à ordem econômica e social.

Antes já de iniciar-se o século XX, os autores começam a falar em uma polícia geral, relativa à segurança pública, e em polícias especiais, que atuam no mais variados setores da atividade particulares.

Pode-se dizer, junto com Meirelles¹⁷, que a razão do poder de polícia é o interesse social e o seu fundamento está na supremacia geral que o Estado exerce em seu território sobre todas as pessoas, bens e atividades, supremacia que se revela nos mandamentos constitucionais e nas normas de ordem pública, que a cada passo opõem condicionamentos e restrições aos direitos individuais em favor da coletividade, incumbindo ao Poder Público o seu policiamento.

¹⁶ Op. cit. p. 109.

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 19.ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo et al. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 116.

Correto concluir então que, de certo modo, à cada restrição de direito individual que nos é imposta por norma legal, corresponde equivalente poder de polícia administrativa à Administração Pública, para torná-la efetiva e fazê-la obedecida, tudo, pelo menos em tese, em nome do interesse maior da coletividade em relação ao direito individual que o compõe.

Vejam-se agora os conceitos que alguns dos administrativistas citados dão ao poder de polícia: Meireles¹⁸ "faculdade de que dispõe a Administração Pública pra condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado". Em linguagem menos técnica, esclarece:

podemos dizer que o poder de *polícia* é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual . Por esse mecanismo, que faz parte de toda a Administração, o Estado detém a atividade dos particulares que se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional."

Di Pietro¹⁹ desdobra-o em dois e explica:

Pelo conceito clássico, ligado à concepção liberal do século XVIII, o poder de polícia compreendia a atividade estatal que limitava o exercício dos direitos individuais em benefício da segurança.

Pelo conceito moderno, adotado no direito brasileiro, o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público.

Esse interesse público diz respeito aos mais variados setores da sociedade, tais como segurança, moral, saúde, meio ambiente, defesa do consumidor; patrimônio cultural, propriedade. Daí a divisão da polícia administrativa em vários ramos: polícia de segurança, das florestas, das águas, de trânsito, sanitária etc.

¹⁸ Op. cit. p. 115.

¹⁹ Op. cit. p. 110.

1.1.2 - FORMAS DE AUTUAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA

As formas de atuação do poder de polícia podem ser resumidas, segundo Fried²⁰, da seguinte maneira: a) ordem de Polícia, b) fiscalização de polícia, c) consentimento de polícia e d) sanção de polícia. *Ordem de polícia* consiste em todas as normas administrativas que estabelecem preceitos do tipo "não fazer", "fazer sob determinadas condições", "deixar que se faça", de modo que se caracteriza por ordens e proibições que se manifestam por meio de normas administrativas limitam e sancionam a conduta individual dos administrados, sobretudo àqueles que, de alguma forma, utilizam bens ou exercem atividades de efeito para toda a coletividade.

A *fiscalização de polícia* seria a forma de atuação do poder de polícia que consiste, essencialmente, na verificação, pela Administração, quanto ao cumprimento da "ordem de polícia" pelos administrados. A "fiscalização de polícia" pode ser entendida pela observância feita pela Administração no que diz respeito à forma de uso que certo bem recebe, considerando, particularmente, que o administrado, ao fazer uso de determinado bem, deve cumprir exatamente o que é estabelecido pela Administração.

O *consentimento de polícia* consiste na permissão dada pela Administração ao administrado para exercer algum ato ou para utilização de determinado bem. Sobre este específico poder de polícia, Fried²¹ traz os seguintes e interessantes esclarecimentos:

O alvará constitui instrumento, por excelência, para a exteriorização do "consentimento de polícia". É, portanto, o instrumento de licença, permissão ou autorização - atos administrativos negociais que resultem de uma manifestação do particular aceita pela Administração Pública - para a prática de ato, realização de atividade ou exercício de direito que depende de policiamento administrativo. O alvará, na maior parte dos casos, pode ser de "licença" ou de

²⁰ Op.cit. p. 109.

²¹ Ob. cit. p. 110

"autorização". O primeiro pode ser obtido pelo particular mediante o atendimento dos requisitos arrolados pela Administração Pública, caso em que poderá exigir a concessão da licença, ao passo que o segundo é eminentemente precário e discricionário, ficando sua concessão ou manutenção ao inteiro dispor da Administração Pública. Um exemplo marcante de "alvará de autorização" é o porte de arma de fogo.

A *sanção de polícia* pode ser entendida como a penalidade aplicada pela Administração em virtude da inobservância da "ordem de polícia". A *sanção de polícia* se exterioriza através de sanções efetivas, a título de elementos de coação e intimidação, como, por exemplo, as multas, interdição de atividade, fechamento de estabelecimento, demolição de construção, embargo administrativo de obra, destruição de objetos e coisas do gênero.

1.1.3 - CARACTERÍSTICAS DO PODER DE POLÍCIA

Costuma-se apontar como atributos do poder de polícia a *discricionariedade*, a *auto-excutoriedade* e a *coercibilidade*.

Quanto a *discricionariedade*, segundo Fried²², "consiste na livre escolha, pela Administração Pública, dos meios adequados para exercer o poder de polícia, bem como, na opção quanto ao conteúdo, das normas que cuidam de tal poder".

Embora esteja presente na maior parte das medidas de polícia, nem sempre isto ocorre. Às vezes, a lei deixa certa margem de liberdade de apreciação quanto a determinados elementos, como o motivo ou o objeto, assim pelo fato de não poder o legislador prever todas as hipóteses possíveis a exigir atuação de polícia. Diante de tal impossibilidade, a Administração terá que decidir qual o melhor momento de agir, qual o meio de ação mais adequado, qual a sanção cabível diante das revistas na norma legal. Em tais circunstâncias é que se diz que o poder de polícia será discricionário.

²² Ob.cit. p. 110.

Ainda sobre a discricionariedade administrativa, cumpre mencionar que atualmente a sua noção não é a mesma concebida à época em que os domínios do direito coincidiam com o campo da legalidade, em que o direito era compreendido como um conjunto fechado de normas, em uma palavra, quando o direito se reduzia à lei. Vale, nesse sentido, transcrever os seguintes esclarecimentos de Moraes²³

A noção de discricionariedade administrativa, legado do Estado Liberal, concebida à época em que os domínios do Direito coincidiam com o campo da legalidade, evoluiu da concepção inicial de poder político, dominante na segunda metade do século XIX, definida que era primitivamente como a área de livre ação da Administração Pública, contraposta à área de atuação vinculada à lei e àquela passível de controle judicial, para a de poder jurídico. A partir do momento em que extraiu sua legitimidade da lei, de início, foi considerada esfera da autonomia jurídica e cerne da função administrativa, depois, compreendida, em meados deste século, como a modalidade de concretização da norma jurídica, até, atualmente, ser, enfim, alvo de estudos que intentam revalorizá-lo.

Nunca deixou, entretanto, de ser vista, por alguns, tradicionalmente, como a barreira para a sindicabilidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, estigma que ainda a acompanha inclusive em modernas compreensões teóricas da categoria. Conforme averba Assmann, até agora a discricionariedade vem sendo definida como o âmbito no qual a Administração pode decidir autonomamente sem vincular-se a parâmetros jurídicos. Observa-se, não obstante, nos dias de hoje, a consagração doutrinária da admissibilidade de uma esfera de "discricionariedade justificável", graças ao reconhecimento dos princípios jurídicos como fonte normativa. No século XIX, ação administrativa comportava duas expressões: uma vinculada - "reconduzível à execução da lei", concretizada através de "atos de gestão" e outra livre ou discricionária, "não sujeita a qualquer vinculação jurídica", materializada em "atos de império" - à margem do Direito e imune à revisão dos órgãos judiciais. Posteriormente, a discricionariedade "deixou de ser a liberdade de actuar sempre que a

²³ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999. p. 27.

lei o não proibir, para passar a ser a liberdade de escolher só quando e na medida que a lei o permita. Consoante a comparação de Antônio Francisco de Souza, a administração, no século XIX, era, em princípio, livre, ao passo que, hoje, é em princípio, vinculada.²⁴

A *auto-executoriedade* consiste, ainda na fala de Fried, "pode ser entendida pela possibilidade efetiva que a Administração tem de proceder ao exercício imediato de seus atos, sem necessidade de recorrer, previamente, ao Poder Judiciário". Quanto a esta característica, Di Pietro²⁵ esclarece que "alguns autores desdobram o princípio em dois: a *exigibilidade (privilège du préalable)* e a *executoriedade (privilège d'action d'office)*", o primeiro resulta da possibilidade que tem a Administração de tomar decisões executórias, dispensando-se à administração dirigir-se previamente ao juiz para impor a obrigação ao administrado, de modo que a decisão administrativa se impõe ao particular ainda contra a sua concordância; e se este quiser se opor, terá de ir ao juízo. O segundo, *privilège d'action d'office*, consiste na faculdade que tem a Administração, quando já tomou a decisão executória, de realizar diretamente a execução forçada, usando, se for o caso, da força pública para obrigar o administrado a cumprir a decisão.

Quanto a *coercibilidade*, esta é indissociável da auto-executoriedade. O ato de polícia só é auto-executório porque dotado de força coercitiva. Na dicção de Meireles²⁶, "não há ato de polícia facultativo para o particular, pois todos eles admitem a coerção estatal para torná-los efetivos, e essa coerção também independe de autorização judicial. É a própria administração que determina e faz executar as medidas de força que se tornarem necessárias para a execução do ato ou aplicação da penalidade administrativa resultante do exercício do poder de polícia. "

Alguns autores, dentre nós Mello²⁷, agregam a esses atributos do poder de polícia, um outro. Trata-se do fato de ser uma atividade negativa,

²⁴ Ainda sobre essa assunto, ver as interessantes colocações de Ronald Dworkin, in "Levando os Direitos a Sério", tradução de Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. 50 a 63.

²⁵ Ob.cit. p. 113.

²⁶ Ob. cit. p. 122.

²⁷ Ob cit. p. 398.

distinguindo-o, nesse particular, do serviço público, que seria uma atividade positiva. Neste, dizem os sustentadores dessa perspectiva, a Administração exerce, ela mesma, uma atividade material que vai trazer um benefício, uma utilidade aos cidadãos, a exemplo de quando executa os serviços de energia elétrica, de distribuição de água, de transporte etc. ; na atividade de polícia, a Administração apenas impede a prática, pelos particulares, de determinados atos contrários ao interesse público, impondo limites à conduta individual.

Os antagonistas desse ponto de vista ataca-o com o argumento de que as obrigações de fazer não podem ser destacadas do poder de polícia, lembrando, como exemplo, a hipótese em que a imposição que se faz ao proprietário de imóvel, compelindo-o a usá-lo de acordo com sua função social, caso em que não se pode falar que o objetivo do poder de polícia seja uma abstenção, uma atividade negativa.

1.1.4 - **OS LIMITES DO PODER DE POLÍCIA**

O uso de meios coativos que caracterizam o poder de polícia por parte da Administração é uma necessidade imposta em nome da defesa dos interesses públicos. A sua necessidade é inconteste, exceto numa perspectiva, pouco defensável, de que os homens, por consciência ética, seriam capazes de auto gerir-se em prol do interesse público. Tem, portanto, na área da Polícia, como em qualquer outro setor da Administração, um limite conatural, congênito ao seu exercício, que é o atingimento da finalidade legal em vista da qual foi instituída a medida da polícia²⁸.

Principalmente no caso da utilização de meios coativos, que, bem por isso, interferem energicamente com a liberdade individual, é preciso que a Administração se comporte com extrema cautela, nunca se servindo dos meios da força além do necessário à obtenção do resultado pretendido pela lei, sob pena de vício jurídico que acarretará responsabilidade da Administração. Da necessidade desse equilíbrio advém o denominado princípio da

²⁸ MELLO, op. cit. p. 409.

proporcionalidade; proporcionalidade entre a medida adotada e a finalidade legal a ser atingida.

A via da coação só é aberta para o Poder Público quando não há outro meio eficaz para obter o cumprimento da pretensão jurídica e só se legitima na medida em que é não só compatível como proporcional ao resultado pela ordem normativa. Toda coação que exceda ao estritamente necessário à obtenção do efeito jurídico lícitamente desejado pelo Poder Público é injurídica, e tem-se aí o que se denomina desvio ou abuso de poder e seus conseqüentes: responsabilidades nas esferas civil, penal e administrativa.

A esse respeito, Mello²⁹ esclarece que o eventual excesso pode se apresentar de dois modos:

a) a intensidade da medida é maior que a necessária para a compulsão do obrigado;

b) a extensão da medida é maior que a necessária para a obtenção dos resultados lícitamente perseguíveis. Serve de exemplo da primeira hipótese o emprego de violência para dissolver reunião não autorizada, porém, pacífica. Configura a segunda hipótese a apreensão de toda uma edição de jornal ou revista, por prejudicial à tranquilidade ou moralidade, quando seria suficiente proibir ou obstar a sua distribuição unicamente nas regiões ou locais onde sua divulgação fosse passível de ofender o bem jurídico defendido.

1.1.5 - MODALIDADES DE POLÍCIA EXISTENTES NO DIREITO BRASILEIRO

O poder de polícia que o Estado exerce pode incidir em duas áreas de atuação estatal: na administrativa e na judiciária, daí dizer-se que, à luz da organização jurídica brasileira, a polícia se divide em dois ramos: *polícia administrativa* e *polícia judiciária*. Essa classificação, entretanto, não é pacífica na doutrina, existindo autores que preferem classificá-las, como gênero, em

²⁹ Idem, ibidem, p. 409.

polícia administrativa e de segurança - englobando, nesta última espécie, a polícia judiciária.³⁰

A polícia administrativa tem como objetivo principal a manutenção da ordem pública geral, impedindo, preventivamente, possíveis infrações das leis, no sentido bem amplo. À ela incumbe, fundamentalmente, a vigilância, a proteção da sociedade, a manutenção (preventiva) da ordem, assegurando os direitos individuais e auxiliando a execução dos atos e decisões e, principalmente, da Administração Pública.

A *polícia judiciária*, por seu lado, tem como objetivo principal a investigação dos delitos ocorridos (por isso mesmo de caráter repressivo), agindo, dessa feita, como auxiliar do Poder Judiciário.

Para Di Pietro³¹, a principal diferença que se costuma apontar entre as duas está no caráter preventivo da polícia administrativa e no repressivo da polícia judiciária. A primeira terá por objetivo impedir as ações anti-sociais e, a segunda, punir os infratores da lei penal; mas faz a seguinte observação:

A diferença não é, no entanto, absoluta, pois a polícia administrativa tanto pode agir preventivamente (como por exemplo, proibindo o porte de arma ou a direção de veículos automotores), como pode agir repressivamente (a exemplo do que ocorre quando apreende a arma usada indevidamente ou a licença do motorista infrator). No entanto, pode-se dizer que, nas duas hipóteses, ela está tentando impedir que o comportamento individual cause prejuízos maiores à coletividade; neste sentido, é certo dizer que a polícia administrativa é preventiva. Mas, ainda assim, falta precisão ao critério, porque também se pode dizer que a polícia judiciária, embora seja repressiva em relação ao indivíduo infrator da lei penal, é também preventiva em relação ao interesse geral, porque, punindo-o, tenta evitar que o indivíduo volte a incidir na mesma infração.

³⁰ Reis Fried. Ob. cit., p. 111.

³¹ Ob. cit., p. 111.

Na dicção de Lazzarini³², "a linha de diferenciação está na ocorrência ou não de ilícito penal. Com efeito, quanto atua na área do ilícito puramente administrativo (preventiva ou repressivamente), a polícia é administrativa. Quando o ilícito penal é praticado, é a polícia judiciária que age."

A polícia administrativa, e isto é necessário que fique bem fixado, rege-se pelo direito administrativo, *incidindo sobre bens, direitos e atividades*; enquanto que a polícia judiciária é regida pelo direito processual penal, *incidindo sobre pessoas*, mas ambas, evidentemente, têm suas disciplinas traçadas pelo direito constitucional, que fixa os princípios maiores de todo o ordenamento jurídico.

Chegamos ao ponto de nosso maior interesse, pelo menos até aqui: Compreendermos a exata diferença entre Polícia Judiciária, dita repressiva, e a Polícia Militar, dita preventiva; o que são e quais os seus papéis no nosso ordenamento jurídico. Ainda: atinar sobre o palco do inquérito policial e os seus atores, pois daí partiremos para outra empreitada, que é a análise do fenômeno da tortura nesse âmbito, qual seja, do palco do inquérito policial.

Pois bem. Vimos até aqui que o Poder de Polícia, ínsito ao Estado, se difunde por toda a Administração Pública; que esse Poder, dentro do nosso ordenamento jurídico, incide em duas áreas de sua atuação: na administrativa e na judiciária, daí a existência de dois gêneros de polícia: uma administrativa, no sentido de que serve aos fins da Administração Pública - dentre os quais se inclui a manutenção da ordem pública geral -, sendo sua missão impedir preventivamente, possíveis infrações penais, e outra denominada judiciária, que tem como atribuição principal a investigação dos delitos ocorridos, sendo, por isso mesmo, não de caráter preventivo, mas repressivo.

Por fim, vimos também que o exame e o estudo em torno da Polícia Administrativa e da Polícia Judiciária pertencem a ramos diferentes do direito

³² LAZZARINI, Álvaro. **Do poder de polícia**. Revista de Jurisprudência do TJSP, v. 98/20.

positivo. O da polícia administrativa ao direito administrativo e o da Polícia Judiciária ao direito penal processual.

Entender, pois, as instituições da Polícia Judiciária, e diferenciá-la da Polícia Militar, bem assim o papel dos seus respectivos atores - Agentes Policiais e Policiais Militares -, desafia incursão ao aparato conceitual do direito processual penal, o que faremos desde agora, não sem antes darmos um breve olhar sobre o direito constitucional, já que é dele a tarefa de estabelecer os princípios norteadores de todo o ordenamento jurídico, notadamente aos que dizem respeito às garantias e direitos individuais, inseridos, na sua maioria, no art. 5º e seus 77 incisos da Constituição vigente.

1.2 DISCIPLINA CONSTITUCIONAL DA SEGURANÇA PÚBLICA E DAS POLÍCIAS

É no capítulo dedicado à segurança pública, precisamente no seu art. 144, que a Constituição vigente, de 1988, menciona e estabelece, de forma genérica, as atribuições de cada uma das nossas instituições policiais. O capítulo referenciado está inserido no Título V da Carta Constitucional, que tem a epígrafe: "DA DEFESA DO ESTADO E DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS". Eis o teor do artigo:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

- I - polícia federal;
- II - polícia rodoviária federal;
- III - polícia ferroviária federal;
- IV - polícias civis;
- V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

Os parágrafos e incisos agregados ao artigo aduzem sobre as atribuições de cada uma das polícias que menciona.

Interessa-nos algumas palavras sobre essa normatização, a fim de identificarmos e compreendermos o que são, onde se inserem no ordenamento jurídico nacional e quais os papéis institucionais de cada uma das nossas polícias - judiciária e militar -, bem assim dos seus atores.

Não custa lembrar, ainda a pretexto de justificação da empreitada que se segue, que a nossa análise sobre a tortura, objeto do presente trabalho, é restrita à atuação da polícia judiciária estadual e ao palco do inquérito policial, o que torna indispensável compreendermos as suas essências.

Não foi por acaso que o legislador constituinte entendeu de tratar, num mesmo capítulo, mais ainda, de forma concomitante, a polícia e a segurança pública, dando a entender, já ai, que ambas estão umbilicalmente unidas. Não seria exagerado dizermos que tal atitude intui a conclusão de que sem polícia não há segurança.

Polícia e segurança, entretanto, lembra Silva³³, são dois termos que demandam um esclarecimento prévio, antes de entrarmos na discussão da temática da segurança, a que agora a Constituição reserva um capítulo, onde institui princípios sobre o assunto.

Na teoria jurídica da palavra "segurança" assume o sentido geral de garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos, dependente do adjetivo que a qualifica. Segurança jurídica, por exemplo, consiste na garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos³⁴. Segurança social tem o sentido de previsão de vários meios que garantam aos indivíduos e suas famílias condições sociais dignas. Segurança pública, por seu turno, é a manutenção da ordem pública interna.

³³ SILVA. José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 742.

³⁴ Idem, ibidem, p.742.

Mas aí se põe um paralogismo, já que ordem pública requer definição; definição que é de suma importância, porquanto se trata de limitar situações subjetivas de vantagem, outorgadas pela Constituição³⁵. Em nome dela, não nos esqueçamos, tem-se praticado as maiores arbitrariedades. Com a justificativa de garantir a ordem pública, na verdade, muitas vezes, o que se faz é desrespeitar direitos fundamentais da pessoa humana, quando ela apenas autoriza o exercício regular do poder da força de polícia, como vimos nos sub capítulos precedentes, quando tratamos do poder de polícia.

Ordem pública, diz Silva³⁶, com quem alinhamos, "será uma situação de pacífica convivência social, isenta de ameaça de violência ou de sublevação que tenha produzido ou que supostamente possa produzir, a curto prazo, a prática de crimes". Convivência pacífica não significa isenção de divergências, de debates, de controvérsias, de certas rugas interpessoais. Ela deixa de ser tal quando discussões, divergências, rugas e contendas ameaçam chegar às vias de fato com iminência de desforço pessoal, de violência e do crime. A segurança pública, dessa maneira, é a segurança da preservação ou restabelecimento dessa convivência social que permite que todos gozem de seus direitos e exerçam suas atividades sem perturbação de outrem, salvo nos limites de gozo e reivindicação de seus próprios direitos e defesa de seus legítimos interesses. Na sua dinâmica, é uma atividade de vigilância, prevenção e repressão de condutas delituosas que, nos termos da Constituição, é exercida para a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio através da polícia federal, da polícia rodoviária federal, da polícia ferroviária federal, das polícias civis, das polícias militares e corpos de bombeiros militares.

A palavra polícia, então, correlaciona-se com a segurança. Segundo Tourinho Filho³⁷ vem do grego - de *polis* (cidade) e significou, a princípio, o

³⁵ SILVA. José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 96.

³⁶ SILVA. José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 742.

³⁶ Idem, ibidem, p.742.

³⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v.1, 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 4v. p. 180.

ordenamento jurídico do Estado, governo de cidade e, até mesmo, a arte de governar. Em Roma, esclarece: "o termo *politia* adquiriu um sentido todo especial, significando a ação do governo no sentido de manter a ordem pública, a tranqüilidade e paz interna; posteriormente, passou a indicar o próprio órgão estatal incumbido de zelar sobre a segurança dos cidadãos". A Polícia, arremata Tourinho:

com o sentido que hoje se lhe empresta - órgão do Estado incumbido de manter a ordem e a tranqüilidade públicas - surgiu, ao que parece, na velha Roma. À noite, os larápios, aproveitando a falta de iluminação, assaltavam a velha *urbs*, e seus crimes ficavam impunes, porque não eram descobertos. Para evitar essa situação, criaram os romanos um corpo de soldados que, além das funções de bombeiros, exerciam as de vigilantes noturnos, impedindo, assim, a consumação de crimes.

Ao tempo do império, quando se desenvolveu a *cognitio extra ordinem*, havia, em Roma, funcionários incumbidos de levar as primeiras informações sobre a infração penal aos Magistrados. Eram os *curiosi*, os *irenarche*, os *stationarii*, os *digiti duri*, que desempenhavam papel semelhante ao da nossa Polícia Judiciária.

A atividade de polícia, como já vimos, realiza-se de vários modos, distinguindo-se em polícia administrativa e de segurança, esta compreendendo a polícia ostensiva e a polícia judiciária.

1.2.1 POLICIA DE SEGURANÇA, POLÍCIA JUDICIÁRIA E POLÍCIA MILITAR: DISTINÇÃO, ORGANIZAÇÃO E ATRIBUIÇÕES

Há de se sublinhar, antes de tudo, que a segurança pública não é só repressão e não é problema apenas da polícia, como adverte Silva, nas seguintes palavras³⁸:

A Constituição, ao estabelecer que a segurança é *dever do Estado, direito e responsabilidade de todos* (art. 144), acolheu a concepção

³⁸ Ob. cit. p. 745.

do I Ciclo de Estudos sobre Segurança³⁹, segundo a qual é preciso que a questão da segurança seja discutida e assumida como tarefa e responsabilidade permanente de todos, Estado e população.

Daí decorre também a aceitação de outras teses daquele certame, diz, tal a de que "se faz necessária uma nova concepção de ordem pública, em que a colaboração e a integração comunitária sejam os novos e importantes referenciais" e a de que, "dada a amplitude da missão de manutenção da ordem pública, o combate à criminalidade deve ser inserido no contexto mais abrangente e importante da proteção da população", o que requer a adoção de outro princípio afirmado de acordo com o qual é preciso "adequar a polícia às condições e exigências de uma sociedade democrática, aperfeiçoando a formação profissional e orientando-o para a obediência aos preceitos legais de respeito aos direitos do cidadão, independentemente de sua condição social".

A polícia de segurança, em sentido restrito, é a polícia ostensiva, a polícia fardada, que tem por objetivo a preservação da ordem pública e, pois, medidas preventivas que em sua prudência julga necessárias para evitar o dano ou perigo para as pessoas. Entretanto, apesar de toda a vigilância e prevenção, não é possível evitar o crime, sendo pois necessária a existência de um sistema que apure os fatos delituosos, e cuide da perseguição aos seus agentes. Perseguição no sentido de que sejam identificados, processados e, se for o caso, punidos, nos termos da lei, sempre com a garantia de defesa ampla que a Constituição lhes garante⁴⁰.

Esse sistema envolve as atividades de investigação, de apuração das infrações penais, a indicação de sua autoria, assim como o processo judicial pertinente à punição do agente, sendo aí que entra a polícia judiciária, que tem como objetivo aquelas atividades de investigação, de apuração das

³⁹ "Constituição Federal, sugestões para uma polícia melhor", Polícia Militar, Revista da PMERJ, outubro/85, 4/26.

⁴⁰ A garantia da ampla defesa é assegurada pela Constituição de 1988, no inc. LV do seu art. 5º, cuja redação é a seguinte: "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:" ; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. "

infrações penais e da indicação de sua autoria, a fim de fornecer os elementos necessários a um outro órgão estatal que é o responsável, se for o caso, pela deflagração da ação penal contra o agente do delito. Trata-se do Ministério Público⁴¹, que, em defesa e em nome da sociedade age buscando a punição de quem, afinal, desonrou o pacto de não praticar a ação tida como maléfica à sociedade e, por conta de tal ação, há de ser punido, nos termos da lei e do anseio da sociedade.

Cumprе destacar sobre a equivocada afirmação que costumamos ouvir, de que a Polícia "entrega os delinqüentes à justiça para serem punidos". Trata-se de engano grave e merece reparo. É que a polícia não entrega os delinqüentes, ou supostos delinqüentes, aos tribunais para serem punidos, e sim para serem processados e julgados. Os órgãos jurisdicionais não têm, pelo menos nos dias de hoje, ou sob a égide da Constituição de 1988, poder para punir ninguém, pois tal poder é exercido por eles, mas por meio deles. A Polícia Judiciária entrega o indiciado, depois das investigações realizadas, ao Ministério Público, e não à justiça. A investigação policial prepara a ação penal de que é titular o Ministério Público⁴², através da qual, a partir da narração dos fatos que descreve e a pretexto de se constituírem em ação criminosa, pretende-se a condenação da pessoa contra a qual os mesmos são imputados; condenação que só pode advir através dos órgãos Jurisdicionais, a quem cumpre, na condição de terceiro imparcial ao litígio e através do processo, ai dito penal, analisar as acusações, garantir ao acusado defesa ampla, sopesar os argumentos e provas produzidos por ambas as partes e, ao final, condenar ou absolver o acusado.

Nota-se, portanto, que são três funções absolutamente distintas: a de acusação, a de defesa e a de julgamento, exercidas por órgãos igualmente distintos: A Primeira pelo Ministério Público, com o auxílio, nem sempre

⁴¹ A Constituição, no seu art. 127, fixa as atribuições do Ministério Público da seguinte maneira: "O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis"; e no art. 129, cuidando das funções deste órgão, estabelece assim: "Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei..."

⁴² MARQUES. José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997, v.1, p. 145.

necessário, da Polícia Judiciária, a segunda pelo advogado ou defensor do Acusado e a terceira pelo órgão jurisdicional.

Vimos que a segurança pública, nos termos da Constituição, é exercida pelos órgãos da polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros militares. Há, contudo, como já se pode perceber, uma repartição de competências nessa matéria entre a União e os Estados, de tal maneira que o princípio que rege é o de que o problema da segurança pública é de competência e responsabilidade institucional de cada unidade da Federação, ou seja de cada um dos Estados, tendo em vista as peculiaridades regionais e fortalecimento do princípio federativo, que é tradição do sistema brasileiro.

Quando a Constituição atribuiu às polícias federais competência na matéria, notamos que o fez de forma delimitada e estritamente enumeradas⁴³, de modo que, afastadas essas áreas especificadas, a segurança pública é de competência e responsabilidade de cada um dos Estados da Federação, na forma prevista no art. 144 §§ 4º, 5º e 6º. Cabe, pois, aos Estados organizar a segurança pública. Entretanto, é de sua responsabilidade primária o exercício dessa atividade que, se não a cumprirem devidamente, poderá haver ocasiões de intervenção federal, nos termos do art. 34, III, que dá, como um dos objetivos da intervenção federal, "por termo a grave comprometimento da ordem pública".

Sobre isso, esclarece José Afonso da Silva⁴⁴:

quando a Constituição determina que a *lei* disciplinará a organização e o funcionamento do órgãos responsáveis pela segurança pública,

⁴³ Estamos nos referindo ao § 1º do art. 144, que tem a seguinte redação: "A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: I - apurar infrações penais contra a ordem política e social, ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim com outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo dispuser a lei; II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência; III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União."

⁴⁴ Ob. cit. p.745.

de maneira a garantir a eficiência de suas atividades, isso significa basicamente a *lei estadual*, mas também a *lei federal*, nos estritos limites de sua competência, relativamente às polícias federais (federal, rodoviária e ferroviária), ressalvada, é claro, a competência da União para estabelecer as normas gerais mencionadas nos arts. 22, XXI e 24 XVI, respectivamente sobre as polícias militares e as polícias civis⁴⁵.

No que diz respeito às polícias federais rodoviária e ferroviária, destinam-se, respectivamente, ao patrulhamento ostensivo das rodovias e das ferrovias, mas apenas das federais, porque o patrulhamento das rodovias e ferrovias estaduais é matéria da competência das polícias dos Estados, de modo que a elas não cabe atividade de polícia judiciária, ou seja, de polícia investigativa, o que não ocorre com a Polícia Federal, que tem atribuição tanto preventiva, enquanto polícia que tem a incumbência de garantir a segurança do Presidente da República, por exemplo, como Judiciária, na medida em que a ela é afeta a missão de investigar sobre crimes da competência da Justiça Federal.

Mas, e quanto às polícias estaduais? Bem, a elas incumbe o exercício da segurança pública e de polícia judiciária, o que se dá através das polícias militares - polícia militar em sentido estrito e corpo de bombeiros - e judiciária, respectivamente.

Permitimo-nos fazer uma breve alusão às antigas Guardas Municipais. Quanto a elas, os constituintes recusaram várias propostas no sentido de instituir alguma forma de polícia municipal, com o que os Municípios não ficaram com nenhuma responsabilidade específica pela segurança pública, exceto por via transversa, na medida em que, sendo entidades estatais, não podem eximir-se de ajudar os Estados no cumprimento dessa função, contudo, não lhes foi autorizada a instituição de órgão policial de segurança e menos ainda de polícia judiciária.

⁴⁵ O art. 22 e seu inciso XXI têm a seguinte redação: "Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: XXI - normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares; ". E o art. 24 e seu inc.XVI a seguinte: "Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XVI - organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis."

Do que até aqui foi dito já podemos compreender à seguinte classificação da Polícia que alguns autores⁴⁶ costumam fazer: Conforme a exteriorização: Polícia ostensiva ou secreta; conforme a organização: Polícia leiga ou de carreira e, conforme ao objeto: Polícia administrativa, de segurança e judiciária.

Quanto a exteriorização, a polícia pode ser ostensiva ou secreta, de acordo como desenvolva sua atividade de maneira ostensiva ou secretamente. Nesse sentido, a Polícia Militar é ostensiva, porquanto atua com o uso de farda, ou seja, ostensivamente, enquanto que a Polícia Judiciária é secreta, por desenvolver suas atividades, de investigação, secretamente, ou seja, sem ostensividade.

Polícia de carreira compreende-se como aquela em que os seus membros são investidos no cargo através de concurso público, enquanto a leiga não. Quanto a esse aspecto, a Constituição de 1988 lançou na ilegalidade⁴⁷ a chamada Polícia de leiga, exercida, na Bahia, pelos chamados, jocosamente, "Delegados Calça Curta", que eram Autoridades Policiais incumbidas de atividade investigativa, normalmente nos interiores, sem concurso público, mas nomeados pelo Governador do Estado.

Finalmente, quanto ao seu objeto, pode-se distinguir a Polícia Administrativa, de Segurança e Judiciária. A primeira é aquela que tem por objeto as limitações impostas a bens jurídicos individuais, limitações impostas a bens jurídicos individuais, limitações que visam assegurar completo êxito da administração, como vimos exaustivamente ao tratarmos do poder de polícia. Dentre elas tem-se como exemplo a Polícia Rodoviária e a Polícia Ferroviária Federal. Já a polícia de Segurança, tem por objetivo as medidas preventivas, visando à não alteração da ordem jurídica. Ela age com certo poder discricionário, nunca arbitrário, que independe de qualquer autorização judicial.

⁴⁶ TOURINHO FILHO. Ob. cit. p. 180.

⁴⁷ Constituição Federal, 1988, § 4º do art. 144: "Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. "

Se a polícia de Segurança estivesse subordinada a quaisquer determinações judiciais, esclarece Tourinho Filho⁴⁸, "deixaria de ser Polícia de Segurança; desapareceriam suas características especiais, e ela, por vezes freqüentes, atuaria quando a infração que devesse evitar já estivesse consumada".

A Polícia de Segurança deve atuar sempre dentro da lei, isso é óbvio, mas para o seu exercício, não depende de determinações de Juízes. Não seria possível nem admissível que a Polícia, por exemplo, para evitar um assalto a banco, ou um homicídio, devesse procurar as Autoridades Judiciárias e fim de receber autorização para agir⁴⁹. A função da Polícia de Segurança exterioriza-se em meios preventivos que se realizam para evitar toda possível causa de turbação da ordem jurídica, dano ou perito às pessoas ou as coisas.

Mas, enquanto a Polícia de Segurança visa impedir a turbação da ordem pública, adotando medidas preventivas, a Polícia Civil intervém quando os fatos que a Polícia de Segurança pretendia prevenir não puderam ser evitados.

Sobre o designativo "judiciária", importa um esclarecimento, para que não se confundam as coisas. Até a Constituição de 1988, a Polícia incumbida da tarefa de investigar as infrações penais e apurar a respectiva autoria, era chamada de Polícia Judiciária, e isso não guardava qualquer incompatibilidade com as Cartas anteriores. Todavia, como a Constituição de 1988, no seu art. 144, § 4º, dispõe que: "Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.", conforme entendimento de Tourinho Filho⁵⁰, que alinhamos, teria preferido o designativo "Polícia Civil" no lugar de "Polícia Judiciária".

⁴⁸ Ob. cit., p. 181.

⁴⁹ Idem, ibidem.

⁵⁰ Idem ibidem.

Não se trata apenas de questão nominativa, porquanto a expressão "Polícia Civil" em vez de "Polícia Judiciária" evita confusões, pois a Polícia Judiciária, apesar de seu nome, é atividade administrativa. Os seus órgãos não possuem, em absoluto, competência de caráter judicial; sua missão consiste em ajudar a Justiça Penal no cumprimento de seus fins e de desenvolver uma atividade que assegure o resultado do processo.

O Estado, esclarece Frederico Marques⁵¹,

"quando pratica atos de investigação, após a prática de um fato delituoso, está exercendo seu poder de polícia. A investigação não passa do exercício do poder cautelar que o Estado exerce, através da polícia, na luta contra o crime, para preparar a ação penal e impedir que se percam os elementos de convicção sobre o delito cometido."

De fato, a investigação policial feita pela Polícia Judiciária, ou melhor, pela Polícia Civil, não tem por destinatário, em absoluto, o Judiciário, mas sim o Ministério Público, a quem cumpre analisá-la e, a partir dela, ou com seu respaldo, deflagrar, se for do seu entendimento, a ação penal pública contra o suposto autor do crime⁵².

Outro reparo a fazer, continua Marques, "é que a polícia judiciária, apesar de seu nome, é atividade administrativa", e explica, citando E Ullmann:

⁵¹ MARQUES. José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. v.1. São Paulo: Bookseller, 1997. 4v. p. 144.

⁵² O art. 129 da Constituição Federal de 1988, ao fixar as atribuições do Ministério Público inclui, no inciso I, a de "promover, privativamente, a ação penal, na forma da lei. " . O art. 24 do Código de Processo Penal (Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 19410), por seu turno, no art. 24, impõe ao Ministério Público a deflagração penal. Eis a sua redação, que tem tom imperativo: "Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministério da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.". Uma outro esclarecimento: O dispositivo constitucional em tela diz competir ao Ministério Público, privativamente, promover a ação penal pública. Essa privatividade tem o sentido de exclusividade, de modo que somente ao Ministério Público, a partir da Carta de 1988, cumpre a missão de propor ação penal pública, o que antes não acontecia, pois, estranhamente se concedia tal prerrogativa também ao Juiz e à Polícia Judiciária (Civil), nos casos de contravenções e nos crimes de lesões corporais e homicídio culposos, cujas autorias fossem conhecidas nos primeiros quinze dias do fato. Tais prerrogativas eram concedidas pelo art. 551 do Código de Processo Penal, no caso das contravenções, e pela Lei 4.611, de 02.04.1965, no caso das lesões e homicídio culposos. Mais duas observações: É que o aludido dispositivo constitucional diz que o Ministério Público atua com exclusividade apenas com relação à ação penal pública. Isso porque há crimes que comportam ação penal privada, quando então é facultado à vítima ou seu representante legal, promover a ação penal, que por isso recebe essa designação. Por último, há de se destacar o fato de que a própria Constituição, e só ela poderia fazê-lo, no seu art. 5º inc. LIX, facultou também à vítima ou ao seu representante legal, no caso do Ministério Público deixar de intentar a ação penal pública, agitar ação penal, quanto então a mesma receberá denominação de "ação penal privada subsidiária".

"É evidente que ninguém duvida que a polícia criminal pertence à Administração Pública. O fato é extraordinariamente simples: trata-se da administração a serviço do Direito Penal.

A advertência procede, na medida em que os órgãos da Polícia Judiciária não possuem competência de caráter judicial; sua missão consiste em ajudar a Justiça no cumprimento de seus fins e desenvolver uma atividade que assegure a realização dos fins do processo. O Estado, quando pratica atos de investigação, após a prática de um fato delituoso, está exercendo seu poder de polícia. A investigação, dessa maneira, não passa do exercício de poder cautelar que o Estado exerce, através da polícia, na luta contra o crime, para preparar a ação penal e impedir que se percam os elementos de convicção sobre o delito cometido.

Ainda com respeito à adjectivação da Polícia Civil ou Judiciária, vale consignar que muitos se referem a ela como sendo Polícia Repressiva, distinguindo-a da polícia preventiva pelo fato de agir em auxílio do Ministério Público, com vistas a infligir ao eventual transgressor da norma penal a respectiva pena, enquanto que a polícia preventiva, como visto, nada tem a ver com o fato do crime depois de concretizado, já que sua missão se limita à prevenção.

1.3 O INQUÉRITO POLICIAL E A QUE SE PRESTA

Inquérito é palavra que vem do latim *quaeritare* onde queria dizer andar sempre em busca, e é exatamente nesse sentido que é utilizado pela nossa legislação processual penal. Assim, a palavra inquérito significa um procedimento através do qual busca-se o esclarecimento de um fato aparentemente criminoso⁵³.

Como a função da Polícia Civil é de cunho estritamente administrativo, não tendo a instrução policial caráter judiciário, e muito menos

⁵³ SILVA JÚNIOR. Euclides Ferreira da. **Curso de Direito Processual Penal** : em linguagem prática. 2. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000, p. 35.

processual, aos autos do inquérito policial dá-se o nome de procedimento administrativo cautelar.

A elaboração do inquérito policial constitui uma das funções da Polícia Civil. Isto está consignado no art. 4º do Código de Processo Penal, que tem a seguinte redação: "Art. 4º A Polícia Judiciária (civil) será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria" (redação dada pela lei nº 9.043, de 09.05.1995).

É através do inquérito, pois, que a Polícia Civil desenvolve ou materializa a investigação sobre as infrações penais e sua respectiva autoria.

Quando o crime é perpetrado, rompe-se o equilíbrio social, fazendo-se necessário seja reconstituído a fim de que a sociedade novamente se normalize, o que, segundo a nossa cultura, dá-se através da punição do agente. Logo, tal fato deve ser investigado, procurando-se obter todos os dados e elementos a ele relativos, para que se possa verificar ser o caso de perseguir a eventual responsabilidade do agente ativo para que e a ele impor a punição legal⁵⁴.

Nessa atividade persecutória do crime e do seu agente, o primeiro momento, normalmente, é da busca de conhecimento geral da situação, o que se faz, exatamente, através do inquérito policial.

Fernando Capez⁵⁵ dá a seguinte definição ao procedimento do inquérito policial :

é o conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária para apuração de uma infração penal e de sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo (CPP, art. 4º). Trata-se de procedimento persecutório de caráter administrativo instaurado pela autoridade policial. Tem como destinatários imediatos o Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública (CF, art.

⁵⁴ Idem, ibidem.

⁵⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 64.

129, I), e o ofendido, titular da ação penal privada (CPP, art. 30); como destinatário mediato o Juiz, que se utilizará dos elementos de informação nele constantes, para o recebimento da peça inicial e para a formação do seu convencimento quanto à necessidade de decretação de medidas cautelares.

Heráclito Antônio Mossin⁵⁶ define-o como sendo "o conjunto de diligências realizadas pela Polícia Judiciária visando a apuração de uma infração penal e sua autoria, para que o titular da ação penal possa ingressar em juízo, pedindo a aplicação da lei ao caso concreto."

A autoridade policial, para efeito da realização do inquérito policial, é o Delegado de Polícia de carreira, a quem cumpre presidir o procedimento.

Vale destacar que o inquérito realizado pela Polícia Judiciária não é única forma de investigação criminal. Há outras, como por exemplo, o inquérito realizado pelas autoridades militares para a apuração de infrações de competência da justiça militar, que por isso recebe o nome de Inquérito Policial Militar (IPM); as investigações efetuadas pelas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI), que serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de 1/3 dos seus membros, para apuração de fato determinado, com duração limitada no tempo (Constituição Federal, art. 58 § 3º); o inquérito civil público, instaurado pelo Ministério Público para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (Constituição Federal, art. 129, III), e que, eventualmente, poderá apurar também a existência de crime conexo ao objeto da investigação e outros⁵⁷.

É preciso que fique esclarecido sobre o fato de que o Inquérito Policial não se confunde com Processo Judicial, que é aquele que se desenvolve diante do Juízo, tendo por objeto imediato a apreciação de uma pretensão e pressupondo uma relação jurídica que se dá entre o autor

⁵⁶ MISSIN, Heráclito Antônio. **Curso de Processo Penal**. 1.v. 2.ed. São Paulo: Atlas 1998. 4v. p. 162

⁵⁷ Idem, ibidem, p. 67.

(normalmente o Ministério Público) o Juiz e o Réu⁵⁸, pois só assim poderemos compreender a marca da inquisitorialidade que o caracteriza.

1.3.1- NATUREZA INQUISITIVA DO INQUÉRITO POLICIAL E SUA ORIGEM REMOTA

A Inquisitorialidade do Inquérito Policial se manifesta pelo fato de nele não se admitir contraditório ou qualquer forma de defesa ao Indiciado ou Investigado, garantias que, nos termos da Constituição de 1988⁵⁹, seriam cabíveis tão somente ao âmbito dos processos penal e administrativo. O argumento é o de que, não sendo o Inquérito Processo, mas tão somente procedimento administrativo, não caberia falar-se em defesa ou contraditório onde não existe acusação.

Nesse sentido a posição de Frederico Marques⁶⁰, com as seguintes palavras:

O inquérito policial não é processo, mas simples procedimento. O Estado, por meio da polícia, exerce um dos poucos poderes de autodefesa que lhe é reservado na esfera da repressão ao crime, preparando a apresentação em juízo da pretensão punitiva que na ação penal será deduzida através da acusação. O seu caráter inquisitivo é, por isso mesmo, evidente. A polícia investiga o crime para que o Estado possa ingressar em juízo, e não para resolver uma lide, dando a cada um o que é seu.

E no mesmo diapasão Heráclito Mossin⁶¹, que lembrando Fernando de Almeida Pedrosa⁶² diz:

a voz do imputado na persecução, *id est*, sua manifestação defensiva, há de estar endereçada àquele que deve efetivamente apreciá-la e decidir de sua procedência ou improcedência, para que

⁵⁸ MOSSIN, Heráclito Antônio. **Curso de Processo Penal**. 1.v. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1998. 4v. p. 163.

⁵⁹ O dispositivo constitucional em tela é inc. LV do art. 5º, que tem a seguinte redação: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes."

⁶⁰ Ob. cit. p. 149.

⁶¹ Ob. cit. p. 163.

⁶² In Processo Penal. O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 43-44.

daí defluam as consequências jurídico-penais cabíveis e pertinentes. Portanto, o direito de defesa dirige-se ao Juiz da causa, não à autoridade policial, atinando, conseqüentemente, com a instrução do feito na *fase processual*. Isso porque a instrução *policial* do fato não tem como destinatário principal o juiz, mas o representante do Ministério Público, a quem impende - em princípio - o exercício da ação penal.

Nesse mesmo sentido Tourinho Filho⁶³, posição que justifica da seguinte maneira:

seria perfeito contra-senso admitir-se o contraditório em atos processuais inquisitivos, que traduzem mera atividade administrativo-investigatória, fora da relação processual, conforme ensina Massari. Não teria sentido admitir-se o contraditório na primeira fase da *persecutio criminis*, em que o cidadão-indiciado é apenas objeto de investigação e não um sujeito de direito de um procedimento judicialmente garantido, como diz Bikemayer.

E mais adiante arremata: " somente no Brasil é que se pretende transformar inquérito em verdadeira instrução..".

Sem embargo dessas posições e do peso dos seus argumentos, pensamos seja hora de, pelo menos, começarmos a pensar numa nova estrutura de investigação sobre o fato do crime por parte do Estado, na qual o Investigado tenha alguma forma de contraditório. Não entendemos aceitável, por exemplo, que ele fique alijado de acompanhar as provas periciais havidas no âmbito do Inquérito Policial através da indicação de um assistente técnico da sua confiança, tendo de confiar no que é feito por técnicos do próprio Estado que, afinal, são provas que poderão ser utilizadas contra sua pessoa, ainda que eventualmente. Aliás, se tal direito lhe é assegurado em Juízo⁶⁴, não tem porquê excluir-se do procedimento investigativo policial.

O fato é que o nosso modelo de Inquérito Policial é uma herança do Brasil Império e teve o seu formato, que até hoje persiste, inspirado na Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871, regulamentada pelo decreto 4.824, de 22

⁶³ Ob. cit. p. 197.

⁶⁴ Nesse sentido o inc. I do § 1º do art. 421 do Código de Processo Civil, que faculta às partes a nomeação de assistente técnico .

de dezembro do mesmo ano⁶⁵. Dita lei, no seu art. 42, chegou a defini-lo: "O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, suas circunstâncias e de seus atores e cúmplices, devendo ser reduzido a termo"⁶⁶.

Nota-se, portanto, que pela definição de nascimento, nada, ou quase nada mudou no seu formato e na sua função, se comparado com o conceito atual deste procedimento, conforme vimos, de modo que continua como sendo um procedimento administrativo, de caráter marcadamente discricionário e onde não se permite defesa ou contraditório.

Sobre a referida lei, há de se destacar o seu grande mérito, consistente no fato de que foi através dela que se configurou o fim da promiscuidade entre as atividades policial e jurisdicional havidas desde o Código de Processo Penal de 1832 e nosso primeiro, e da sua reforma operada pela lei de 03 de dezembro de 1841 e seu regulamento de 31 de janeiro de 1842, quando juízes e policiais disputavam funções de policiamento e de julgamento⁶⁷.

Sobre tal promiscuidade nos fala Holloway⁶⁸, ao comentar sobre a reforma judicial de 1871, justamente a que fora operada pela lei em comento:

Desde dezembro de 1841, os chefes de polícia e seus delegados supervisionavam a operação do sistema policial e investigavam casos de crime, reunindo provas. Ademais, tinham autoridade para reunir os autos e indiciar os suspeitos ("formação de culpa") , além de passar em julgamento e sentenciar os que considerassem culpados de uma ampla gama de ofensas menores contra a pessoa, a propriedade e a ordem pública. Assim que a reforma de 1841 foi posta em prática, os liberais começaram a fazer objeções à centralização e à concentração autoritária de poderes. Apresentaram-se diversos

⁶⁵ MARQUES. José Frederico. Ob. cit. p. 103.

⁶⁶ Tourinho Filho, Ob. cit. p. 182.

⁶⁷ MARQUES. Ob. cit. p. 101.

⁶⁸ HOLLOWAY, Thomas H. **Polícia no Rio de Janeiro**: repressão e resistência numa cidade do século XIX. Tradução de Francisco de Castro Azevedo. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1997, p. 227.

projetos para alterar o sistema, os primeiros em 1846, depois novamente em 1854, 1862 e 1866. Tais propostas geralmente se concentravam na necessidade de separar as funções policiais da autoridade judicial.

O mesmo autor faz menção, linhas após, sobre o seguintes observações de José Tomás Nabuco de Araújo, uma das principais figuras da facção liberal no Parlamento, havido durante os debates sobre a proposta da lei de 1854, pelo qual se pode avaliar a situação que imperava:

o sistema judicial brasileiro era excepcional pela confusão ou sobreposição do poder de prender com o poder de julgar. Num país bem organizado, era inadmissível que a polícia se envolvesse com questões judiciais. Em outros lugares, a ação do Tribunal começa onde acaba a ação da polícia, mas aqui todos podem prender e ao mesmo tempo julgar.

Assim, acabar com a função anômala entre as autoridades policial e judicial foi a principal característica da reforma de 1871, que tratou de ampliar o sistema judicial para que assumisse as funções antes desempenhadas por chefes de polícia, delegados e subdelegados, com o que se criou o Inquérito Policial do formato que até hoje ainda temos em vigor.

1.3.2.- A NATUREZA ACUSATÓRIA DO NOSSO PROCESSO PENAL

É preciso que não se confunda e que fique bem claro que a natureza inquisitória e discricionária que permeia o nosso inquérito policial não contamina o processo penal que, levando-se em contra os princípios que o informam⁶⁹, está inserido no tipo de sistema processual denominado acusatório.

⁶⁹ Os autores, a exemplo de Tourinho Filho, Fernando Capez, Euclides Ferreira da Silva Júnior, Paulo Rangel, costumam configurar os seguintes princípios informadores do nosso processo penal, a partir da Constituição de 1988: P. da verdade real, P. da imparcialidade do juiz, P. da igualdade das partes, P. da persuasão racional, P. da publicidade, P. do contraditório, P. da iniciativa das partes, P. do devido processo penal, P. da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, P. da inocência, P. do duplo grau de jurisdição e P. do *favor rei*.

O pertencer ao sistema do tipo acusatório significa basicamente que:

- a) garante-se ao acusado o contraditório⁷⁰, como garantia político-jurídica do cidadão;
- b) as partes acusadora e acusada, em decorrência do contraditório, encontram-se no mesmo pé de igualdade;
- c) o processo é público, fiscalizável pelo olho do povo;
- d) as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a pessoas distintas, e, logicamente, não é dado ao Juiz iniciar o processo;
- e) o processo pode ser oral ou escrito;
- f) existe, em decorrência do contraditório, igualdade de direitos e obrigações entre as partes;
- g) a iniciativa do processo cabe à parte acusadora.

O sistema acusatório tem, de certo modo, como seu contraposto o denominado sistema inquisitivo, onde:

- a) não há contraditório, e por isso mesmo inexistem as regras da igualdade e liberdade processuais;
- b) as funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas numa só pessoa, o Juiz;
- c) é o Juiz quem inicia, de ofício, o processo, quem recolhe as provas e, a final, profere decisão, podendo, no curso do processo, submeter o acusado a torturas, a fim de obter a confissão.
- d) o processo é secreto e escrito;
- e) nenhuma garantia se confere ao acusado, que aparece no processo em uma situação de tal subordinação que se transfigura e se transmuda em objeto do processo e não em sujeito de direito.⁷¹

Vale aqui o esclarecimento de Rosetto⁷², no sentido de que, na verdade, nunca houve uma forma estanque e compartimentada de sistemas procedimentais acusatório e inquisitório, mas com maior ou menor predominância de elementos de um ou de outro tipo, conforme o país e a época.

1.4 - OS ATORES DO INQUÉRITO POLICIAL

⁷⁰ Princípio definido por Germano Marques da Silva, in **Curso de Processo Penal**. 1.v. Lisboa: Verbo, 1994, p. 68., que se traduz na estruturação da audiência em termos de um debate ou discussão entre a acusação e a defesa. Cada um destes sujeitos, diz: "é chamado a aduzir suas razões de fato e de direito, a oferecer as suas provas, a controlar as provas contra si oferecidas e a discreditar sobre o resultado de umas e outras".

⁷¹ Tourinho Filho, ob. cit. p. 89.

⁷² ROSSETTO, Enio Luiz. **A Confissão no Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2001, coleção temas jurídicos. p. 127.

As atividades investigativas da Polícia Civil, sobre o suposto delito e seu autor, são desenvolvidas sob a direção dos Delegados de Polícia, a quem o Código de Processo Penal (Decreto Lei nº 3.689, de 03.10.1941) reconhece o status de Autoridade ⁷³. No desempenho da missão os Delegados são auxiliados por seu staff, composto de agentes de polícia, cargo de carreira, que na Bahia é composto de três níveis: Agentes Inspetores, Agentes Inspetores e Agentes Comissários. Além dos agentes, existem os Escrivões de Polícia. Para tais cargos exige-se apenas o nível secundário e nenhuma formação jurídica, o que não acontece com o Delegado, que tem de ser bacharel em direito, e nada mais.

De outro lado, o indiciado, ou investigado, aquele contra quem paira a suspeita da prática do crime investigado, e a quem não cabe qualquer defesa, como vimos, dada a natureza discricionária e inquisitorial do procedimento do Inquérito.

Os atores do inquérito então se confrontam, e ao indiciado, enquanto objeto de investigação e não sujeito de direito, cabe submeter-se aos comandos da Autoridade Policial, que pretende-se haja dentro da lei e, destarte, com respeito à dignidade do indiciado, seja lá quem ele seja, tenha cometido o crime que for.

É sobre esses dois personagens, basicamente, e no palco em que ambos se defrontam, qual seja, o Inquérito Policial, que se desenvolverá o nosso tema: A tortura, tida e havida como cena do enredo do Inquérito Policial. A pergunta é: Estaria a Autoridade Policial, enquanto um dos protagonistas da peça preparado para cumprir o script, para o fiel desempenho do seu papel, conforme o roteiro da lei? O filme não deveria ser de terror, mas parece um dos seus atores não compreendem, ou não querem compreender isso e

⁷³ O Código de Processo Penal, no seu art. 4º, faz essa referência ao dizer que "A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.", e no § 1º do art. 10, volta a fazer a mesma menção, quanto diz: "A autoridade fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará os autos ao juiz competente.".

insistem em produzi-lo como tal, a pretexto de que a platéia aprecia este gênero, mais do que qualquer outro.

CAPÍTULO 2

- A TORTURA NA HISTÓRIA E NOS TEXTOS -

SUMÁRIO: Introdução; 2.1 - O que é a tortura? ; 2.2 - Breve retrospectiva da tortura legalizada no mundo; 2.1.2 - China; 2.1.3 - Índia; 2.1.4 - Japão; 2.1.5 - Egito; 2.1.6 - Babilônia; 2.1.7 - Hebreus ; 2.1.8 - Grécia; 2.1.9 - Roma ; 2.1.10 - Alemanha; 2.1.11 - No Direito Canônico; 2.1.12 - Idade Média e Moderna ; 2.1.13 - Iluminismo. 2.3 - Um caso paradigma. 2.4 - A Tortura legalizada no Brasil: legado colonial; 2.5 - O banimento textual da tortura no plano internacional: principais documentos, extra-constitucionais e constitucionais ; 2.6 - O Tratamento atribuído à tortura nas constituições brasileiras anteriores à 1988; 2.6.1- A Constituição de 1988 e o tratamento dispensado à tortura; 2.7 - A Lei 9.455/97, nossa "Lei de Tortura": acertos e desacertos.

INTRODUÇÃO

Qualquer tentativa de entender a tortura de maneira simplista, conduz a uma condenação de deixar do lado de fora do entendimento e da interpretação todo um horizonte constitutivo do fenômeno que se busca entender⁷³.

A tortura tem uma história, e estudar essa história é, de certa maneira, estudar a história da humanidade, de seus conceitos e valores, cuja variabilidade são tão intensos quanto os da tortura.

Mas se o que mais nos interessa da tortura neste trabalho são as suas facetas que dizem respeito ao direito, não nos bastaria conceituá-la e analisá-la ao largo dessa perspectiva, de modo que, e a história e o(s) conceito(s) da tortura que devemos buscar para satisfação da nossa tarefa, são aqueles que lhe foram atribuídos pelo direito; melhor ainda, pelos textos jurídicos.

Esse, portanto, é o desafio a que nos propomos no presente capítulo.

⁷³ BINGEMER, Maria Clara Lucchetti; BARTHOLO JR, Roberto dos Santos. (Orgs.) **Violência, crime e castigo**. São Paulo:Edições Loyola, 1996, p. 7.

2.1 O QUE É A TORTURA ?

Uma das idéias que as pessoas costumeiramente fazem sobre a tortura é a de que ela se resume a um castigo, normalmente injusto, infligido a alguém. Nessa perspectiva, o seu conceito estaria vinculado à finalidade de punição. Punição que se afirma injusta em razão da desproporcionalidade ou exagero entre o castigo e a má ação que se busca com ele repreender.

A idéia de castigo, pois, é sempre aceitável, porquanto necessário para coibir as más ações. O que se repele são os castigos injustos, que em razão do excesso, transmudam-se em tortura.

Uma outra idéia sobre a tortura é a de associá-la a algo instrumental, que não tem um fim em si mesmo. Nessa perspectiva, a tortura seria um meio de se atingir algo além dela: a confissão do malfeitor, que viria a legitimar o castigo correspondente à sua má ação que, afinal, foi provada pelo confesso.

Uma análise da história do direito e das civilizações denota que a tortura sempre teve dúplice finalidade: pena corporal e meio probatório, ora utilizada mais como pena - nos primórdios da humanidade - ora mais aplicada como meio probatório - em tempos menos remotos⁷⁴. Enquanto pena, sua análise histórica confunde-se com a do próprio direito penal, e enquanto meio probatório com a do direito processual penal.

Praticar tortura contra uma pessoa, ou seja, cometer, de forma exagerada, violência física, psíquica e moral contra alguém, nem sempre foi visto como algo que se devesse repelir. Muito ao contrário, era prática não apenas salutar, mas antes de tudo legalizada.

⁷⁴ GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. **Tortura e Prova no Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 20.

2.1.1 BREVE RETROSPECTIVA DA TORTURA LEGALIZADA NO MUNDO

Nas sociedades arcaicas, o direito está ainda fortemente impregnado de religião. A distinção entre regra religiosa e regra jurídica é aqui muitas vezes difícil, porque o homem vive no temor constante dos poderes sobrenaturais. Esses tipos de sociedade são caracterizados pelo que se chama a sua indiferenciação, no sentido de que as diversas funções sociais que nós distinguimos nas sociedades ditas evoluídas, com religião, moral e direito, por exemplo, estão ainda confundidas⁷⁵.

Antes de procedermos a um breve passeio histórico sobre as legislações penais remotas, no sentido de amearhar algumas informações sobre evolução da tortura legalizada em boa parte do mundo, cumpre-nos destacar o seguinte esclarecimento de Zaffaroni e Pierangeli⁷⁶, em torno do método de pesquisa histórica do direito penal através da legislação correspondente:

embora não se deva confundir a história da legislação penal com a história das idéias penais, pode parecer arbitrário separar seu estudo. Sem embargo, cremos que é conveniente fazê-lo, já que a história das idéias penais nem sempre coincide exatamente com a da legislação e porque, em geral, esta recolhe dos ideólogos o que convém à estrutura de poder em que está inserida. As legislações penais, em sua maioria, têm passado, enquanto ideologias, por distantes que sejam, contêm componentes que conservam vigência e que é necessário reconhecer.

Dito isso, prossigamos com a nossa breve incursão histórica do direito penal e processual, em busca de algumas informações sobre a tortura⁷⁷:

2.1.2 Na China, a história mais remota confunde-se com a lenda. Nos primórdios históricos comprovados eram conhecidas as chamadas "cinco

⁷⁵ GILISSEN, John. **Introdução Histórica do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 35.

⁷⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 181.

⁷⁷ Os dados sobre a história das legislações penais foram coletados, basicamente, da obra de Zaffaroni e Pierangeli, ant.cit. pp. 183- 216 e de Glissen, igualmente cit. ant.

penas": o homicídio penalizado com a morte, o furto e as lesões penalizados com a amputação de um ou ambos os pés, o estupro com a castração, a fraude com a amputação de nariz e os delitos menores com a marca na testa. Posteriormente se conhecem penas mais cruéis, tais com abraçar uma coluna de ferro incandescente, esquartejamento, tortura, açoitamento, espancamento, distintas formas de pena de morte, furar os olhos com ferro candente e, especialmente, a extensão da pena aos parentes. No século VII d.C, suprimiu-se a extensão da pena aos parentes, reduzindo-se novamente as penas a cinco: morte, deportação, desterro, espancamento e açoitamento. Neste mesmo século a pena de morte foi abolida por curto período de tempo. No século X estabelece-se que em nenhuma província podia ser executada a pena de morte sem o "cumpra-se" do Imperador. No ano de 1389 foi sancionado o código penal da dinastia Ming, que distinguia cinco categorias de infrações em ordem de gravidade, mantendo, com algumas variantes, o sistema das cinco penas. Esse texto foi modificado várias vezes até que em 1647 sancionou-se o código da dinastia Ching, que manteria as cinco penas e que se manteve vigente até a república, em 1912.

O direito chinês não é, como os direitos hindu e muçulmano, um direito estritamente religioso; é antes um sistema jurídico integrado numa concepção filosófica, o Confucianismo. Como tal conservou-se quase imutável durante dois milênios; mas, à face do direito de base filosófica que se exterioriza no respeito dos ritos (*o li*), os soberanos tentaram, com a ajuda dos legistas, impor um sistema jurídico baseado na lei (*o fa*), sobretudo a lei penal. A história do direito chinês é o antagonismo entre o *li* e o *fa*.

O direito tradicional chinês é caracterizado pela diferenciação das classes sociais, tendo cada uma estatutos morais e jurídicos próprios, e a importância da família como base nas relações sociais. As classes privilegiadas, às quais repugna conhecer uma lei uniforme, vivem segundo os códigos de honra; o povo estava submetido a um direito penal muito severo⁷⁸.

2.1.3 Na Índia, o Código de Manu é o texto mais elaborado. Sua origem é muito controvertida, sendo por alguns situado no século XIII a.C e por outros

⁷⁸ GILISSEN. Ob. cit. p. 108.

no século V a.C. Para esse código, a pena cumpria uma função eminentemente moral, porque purificava aquele que a suportava. Esse texto dava adequada importância aos motivos e distinguia nitidamente o dolo e a culpa e o caso fortuito.

A faculdade de punir era divina e era exercida pela autoridade terrena por delegação de Brahma, sendo que o texto legal era o fundamento da sociedade hindu do bramismo, marcada pela forte estratificação. Daí que seu sistema de penas apresentasse uma característica especial, freqüente nas legislações antigas: a multa aumentava com a hierarquia social da pessoa, ao mesmo tempo em que as pessoas de hierarquia eram eximidas de certas penas corporais. O limite entre o crime e o pecado desaparece, a ponto de que o homem de casta superior, o brahma, que conhecesse de memória o texto sagrado, podia cometer impunemente qualquer fato.

Sobre o direito hindu, esclarece Gilissen⁷⁹, ele não pode ser confundido com o direito indiano, que é o direito territorial da Índia, enquanto estado moderno; o direito indiano é constituído por leis da República Indiana, teoricamente aplicado a todos os habitantes do território; mas, de fato, em muitos domínios, os direitos das comunidades religiosas subsistem, quer se trate do direito hindu, quer do direito dos Muçulmanos ou do direito dos Cristãos etc.

A palavra "direito", no sentido que os Ocidentais concebem, não existe em sânscrito; os Hindus não conhecem o conceito das regras de comportamentos sancionadas por um constrangimento físico. O que corresponde melhor à nossa noção de direito é o *dharma*, que se pode traduzir de uma forma muito aproximada, por "dever", esclarece-nos o mesmo Gilissen⁸⁰. O *dharma* é o conjunto das regras que o homem deve seguir em razão da sua condição na sociedade, isto é, o conjunto de obrigações que se impõe aos homens, por derivarem da ordem natural das coisas. O *dharma* compreende portanto regras que, segundo a nossa ótica, revelam umas da moral, outras do direito revelado; as regras que os homens devem seguir foram

⁷⁹ Ob. cit. p. 102.

⁸⁰ Idem, Ibidem, p. 102.

"reveladas" pelas divindades; elas estão escritas nos livros sagrados. O direito hindu consagra a desigualdade social; cada homem tem o seu lugar na sociedade, pois pertence a uma casta⁸¹, situada num lugar preciso e definitivo na hierarquia social.

2.1.4 O direito penal japonês também registra uma origem teocrática. Segundo Gilissen⁸², a história do direito japonês divide-se em três grandes períodos: no primeiro período, de cerca de 600 a cerca de 850 da nossa era, o direito japonês modelou-se sobre o da China; o segundo, que durará até 1868, foi o de um feudalismo que apresentava numerosas semelhanças com o feudalismo da Europa Ocidental; mas o sistema jurídico continua a ser influenciado pela China; por fim deste 1868, o direito japonês ocidentalizou-se rapidamente.

O Japão é budista e o budismo foi importado da China, nos séculos VI e VII da nossa era, de modo que a influência chinesa foi considerável. Durante o primeiro período; é o sistema chinês do *fa* que é introduzido no Japão. Tal como na China, o país está submetido à autoridade direta do imperador que governa, zelando por uma repartição periódica dos arrozais. Os códigos de inspiração chinesa, os *ritsu-ryô*, compreendem sobretudo leis penais (*ritsu*) e também leis civis e administrativas (*ryô*) e fixam as obrigações de cada um; são comentados nas escolas de direito, como o *fa-kia* chinês.

Para substituir este sistema relativamente legalista e igualitário, forma-se a partir do século IX um sistema de senhorios, chamado *shô*, bastante semelhante aos senhorios da Europa Ocidental da mesma época; o domínio senhorial goza de privilégios fiscais e jurisdicionais. O imperador perde, pouco a pouco, todo o poder; a partir do século XII não é mais do que o símbolo religioso da união do povo e de Deus, uma "sombra muda", condenada a uma espécie de reclusão perpétua. O poder passa para as mãos do *shogun*

⁸¹ Segundo um texto do Rígvda, os Hindus são distribuídos em princípio em quatro classes (*varnas*): os Brâmanes, encarregados do ensino e dos sacrifícios; os Ksatriyas, ou guerreiros encarregados de proteger a ordem pelas armas; os Varsyas, encarregados dos negócios e os Sudras, encarregados de cultivar os campos. O resto da população não é incluído nas castas: Os *chandals*: na Índia dravidiana, chamam-lhes parias, nome mais geneticamente conhecido na Europa (Gilissen, ob. cit. p. 104).

⁸² Ob cit. p. 116.

de dos *daí-myô*, que formam uma casta militar dominando uma hierarquia de vassalos e sub-vassalos.

Toda a vida política e social é baseada numa estrita obediência do inferior ao superior, bem como do filho a pai, da mulher ao marido, do colono ao proprietário, do jovem ao menos jovem etc. As regras de comportamento chamadas *giri* em japonês apresentam muitas analogias com o *li* chinês; são observadas por tradição, por medo de censura, do desprezo social. Não há regras jurídicas; há poucos juízes, uma pequena organização judiciária; a repressão da desobediência de um inferior é remetida à apreciação arbitrária do superior, numa sociedade estritamente hierarquizada; não há, por exemplo, tribunal feudal, nem julgamento pelo pares como na Europa, porque o vassalo não tem nenhum direito.

Havia, entretanto, pelo menos durante a época de Edo (1600-1868) uma certa atividade legislativa por parte de certos *daí-mayô*, para os seus domínios; havia também jurisdições civis, nomeadamente um Tribunal Superior, cujas decisões se encontravam conservadas.

O Japão permaneceu voluntariamente fechado a qualquer influência estrangeira, em especial da Europa, até 1968; o único porto que estava aberto ao comércio internacional era Nagasaki. Desde então, a ocidentalização foi muito rápida, apesar da ausência de juristas japoneses e das grandes dificuldades para traduzir os conceitos ocidentais em japonês. Foram elaborados códigos, uns de acordo com o modelo francês, outros, como o Código Civil (1898), segundo o modelo alemão. A partir de 1945, a influência americana é preponderante no processo de democratização.

2.1.5 No Egito, diz-nos Zaffatoni e Pierangeli⁸³ o Estado foi também uma organização teocrática, de modo que as condutas que afetavam a religião ou o Faraó eram punidas com morte, que podia ser simples ou qualificada (com tortura), por força, crucificação, decapitação etc., sofrendo a mesma sorte os pais, filhos e irmãos. Além disso, eram aplicadas penas de mutilação, desterro, confisco e escravidão, como também o trabalho forçado nas minas. A

⁸³ Ob. cit. p. 183.

falsificação era punida com a amputação das mãos, o estupro com a castração, o juramento falso ou perjúrio, com a morte, a revelação de segredos com a amputação da língua etc. Mais tarde substituiu-se a pena de morte pela amputação do nariz, na maioria dos delitos. Em seguida foi introduzido o desterro.

2.1.6 Da Babilônia⁸⁴ provém o mais antigo direito penal conhecido, através do código de Hammurabi, do século XXIII a.C., entre 2285 a 2242 a.C, que contém disposições civis e penais. Esse texto distinguia entre os homens livres e escravos e estabelecia pena para vários delitos. A composição era admitida em alguns delitos meramente patrimoniais, com a devolução do triplo do que havia sido tomado.

Os escravos e as crianças eram considerados coisas, podendo ser objeto de furto. Eram estabelecidas penas drásticas e de aplicação imediata: o ladrão surpreendido era morto e emparedado, o que cometia furto aproveitando um incêndio era jogado às chamas, a mulher que cometesse adultério era jogada ao rio com as mãos atadas. O princípio do talião permeava toda essa legislação: se devolvia lesão por lesão e morte por morte.

Gilissen⁸⁵, referindo-se ao chamado código de Hammurabi, reconhece-o como "o mais importante da antiguidade antes de Roma" e esclarece que o texto, provavelmente redigido por volta de 1694 a.C (no que diverge do dado fornecido por Zaffaroni e Pierangeli), está gravado numa estela descoberta em Susa, no ano de 1901, e atualmente conservada em Paris no Museu do Louvre. O texto, diz Omena⁸⁶, "compreende 282 artigos; numerosas disposições foram igualmente encontradas em tabuinhas de argila, de um manejo mais prático; são aparentemente os "códigos" portáteis de que se serviam os práticos.

A parte superior da estela, continua esclarecendo Gilissen, um baixo-relevo representa o deus-sol Samas, "o grande juiz dos céus e da terra", ditando a Hammurabi as regras do direito que aí estão gravadas. No fim do

⁸⁴ Zaffaroni e Pierangeli. Ob. cit. p. 184.

⁸⁵ Ob. cit. p. 61.

⁸⁶ OMENA. Nivaldo Wanderley de. **Da Barbárie ao Humanismo** : síntese histórica da pena. Salvador: Contempo Editora Ltda. 1989, p. 43.

texto, contém a seguinte frase: "Hammurabi, rei do direito, sou eu a quem Samas oferece as leis". As leis são, portanto, de origem divina; o baixo relevo, diz, "faz pensar em Jeová entregando o Decálogo a Moisés". Mas, enquanto o direito de Israel, como os da Índia e do Islão, são direitos religiosos, dados por Deus, o Código de Hammurabi não é senão inspirado por Deus.

O Código de Hammurabi, segundo Omena⁸⁷, é formado por 282 artigos e trata-se de um conjunto de todas as leis existentes na época. Existiram outras leis anteriores, como a de Urukagina de Lagas, mais ou menos 3.000 anos a.C, o código de Lipit-Istar de Isin, no ano de 1875-1865 a.C e outros.

Hammurabi, em origem árabe Khamu-Rabi, foi considerado o maior rei da Mesopotâmia. O maior consolidador do império babilônico formado de várias raças e nações.

No estudo do Código de Hammurabi, diz Omena⁸⁸, "observa-se que predominava a lei do talião que limitou a pena, evitando-se uma desproporção entre o crime praticado e a punição aplicada. Impedia, portanto, que se infligisse castigo superior ao mal praticado à vítima. Cerceava o arbítrio."

Eis alguns artigos do Código⁸⁹:

1. Se alguém acusou um homem, imputando-lhe um homicídio, mas se ele não pôde convencê-lo disso, o acusador será morto;
2. Se alguém imputou a um homem atos de feitiçaria, mas se ele não pôde convencê-lo disso, aquele a quem foram imputadas as atividades de feitiçaria, irá ao rio; mergulhará no rio. Se o rio dominar, o acusador ficará com a sua casa. Se este homem for purificado pelo rio, e se sair são e salvo, aquele que lhe tinha imputado atos de feitiçaria será morto; aquele que mergulhou no Rio ficará com a casa do acusador;

⁸⁷ Idem, ibidem.

⁸⁸ Ob. cit. p. 45.

⁸⁹ Conforme Gilissen, ob. cit. p. 65.

45. Se alguém entregou o seu terreno contra o produto a um trabalhador e se ele recebeu o produto desses terrenos, se em seguida o deus Abad inundou o terreno ou se uma inundação o destruiu, os donos ficam apenas com o cargo do trabalhador;

195. Se um filho agrediu o seu pai, ser-lhe-á cortada a mão por altura do pulso;

196. Se alguém vaza o olho de um homem livre, ser-lhe-á vazado o olho;

197. Se ele partiu um osso de um homem livre, ser-lhe-á partido o osso.

2.1.7 O direito penal hebreu⁹⁰ também teve como característica mais marcante o talião. Segundo alguns juristas e teólogos, medievais e posteriores, o talião possuía um sentido puramente metafórico, indicando a proporcionalidade da pena, enquanto, para outros, o "olho por olho, dente por dente, sangue por sangue" tinha um sentido literal e assim foi aplicado entre os hebreus⁹¹.

Considerando os Dez Mandamentos como fonte do direito, sobre sua base foram elaborados os preceitos jurídico-penais e a este direito se conhece como "direito penal mosaico".

A pena de morte conheceu várias formas: força, cruz, serra, fogo, apredrejameto, espada, afogamento, roda, esquartejamento, animais ferozes, flecha, martírio com espinhos, pisoteio de quadrúpedes, queda em precipício etc⁹².

⁹⁰ Os hebreus são Semitas que viviam em tribos nômades, conduzidas por chefes. Eles atravessam a Palestina na época de Hammurabi, penetram no Egito, retornam (o Êxodo) à Palestina e instalam-se aí entre os Hititas e os Egípcios, provavelmente nos inícios do século XII, talvez mais cedo. Depois da sedentarização, é estabelecido um poder único sobre o conjunto das tribos; pertence ao rei, cuja autoridade se reforça nos séculos XI e X. O apogeu do reino de Israel situa-se na época de David (1029-960) e de seu filho Salomão (960-935). Seguidamente, dissensões internas provocam a divisão entre dois reinos: o reino de Israel, no Norte, que foi ocupado pelos Assírios em 721; e o reino de Judá, no Sul, à volta de Jerusalém, que resistiu até 586. Persas, Macedônios, Romanos ocuparam seguidamente a Palestina. A revolta de Jesus contra os Romanos leva, nos séculos I e II depois de Cristo à sua dispersão (diáspora); mas, apesar da perda da sua unidade política, eles conservam uma grande unidade espiritual. (Gilissen, ob. cit. p. 66).

⁹¹ Zaffaroni e Pierangeli. Ob. cit. p. 184.

⁹² Zaffaroni e Pierangeli, ob. cit. p. 185.

O direito hebraico é um direito religioso. Religião monoteísta, muito diferente dos politeísmos que rodeavam na antiguidade. Religião que, através do cristianismo que dela deriva, exerceu profunda influência no Ocidente.

O direito é dado por Deus ao seu povo. Assim se estabelece uma aliança entre Deus e o povo que ele escolheu; o Decálogo, ou os Dez Mandamentos, como é mais conhecido, ditado à Moisés, é a Aliança do Sinai, o Código de Aliança de Jeová. O Deuteronômio é também uma forma de aliança. O direito é desde logo imutável; só Deus o pode modificar, idéia que reencontraremos no direito canônico e no direito muçulmano.

Os intérpretes, mais especialmente os rabinos, podem interpretá-lo para o adaptar à evolução social; no entanto, eles nunca o podem modificar.

Numerosas instituições hebraicas sobreviveram no direito medieval e mesmo moderno, sobretudo pelo canal do direito canônico; porque o direito canônico tem a mesma fonte que o direito hebraico, a Bíblia, pelo menos os livros que os cristãos designaram pelo nome de "Antigo Testamento".

Como direito religioso, o direito hebraico está em grande medida confundido com a religião, cujas fontes estão contidas nas escrituras, isto é, na Bíblia, livro da Aliança de Deus com o povo.

A legislação hebraica, também conhecida como Mosaica, se encontra inserida na Bíblia Sagrada, a lei revelada por Deus aos Israelitas. Compreende (na sua parte pré-cristã, isto é, no Antigo Testamento) três grupos de livros: O Pentateuco, que quer dizer os cinco livros; a Gênese (a criação, a vida dos patriarcas); o Êxodo (estadia no Egito e volta a Canaã); o Levítico (livro das prescrições religiosas e culturais); os Números (sobretudo a organização da força material); o Deuteronômio, complemento dos quatro precedentes; os Profetas (que diz respeito, sobretudo à história) e os Hagiógrafos (sobretudo costumes e instituições)⁹³.

⁹³ Gilissen. Ob. cit. p. 67.

O Pentateuco tem para os judeus o nome de Thora, que quer dizer "a lei escrita" revelada por Deus; ela é atribuída, segundo a tradição judia, a Moisés, daí a sua denominação usual de "Lei de Moisés" ou "os Cinco Livros de Moisés". Na realidade, segundo Gilissen⁹⁴ o texto data de diferentes períodos; certas partes, precisamente as que dizem respeito aos Patriarcas, remontariam ao início do segundo milênio; a maior parte das outras teriam sido redigidas em períodos diferentes entre os séculos XII e V; a forma definitiva não dataria senão de cerca de 450 anos a.C.

Na bíblia, as prescrições jurídicas, morais e religiosas estão confundidas. Existem no entanto algumas partes do Pentateuco cujo conteúdo corresponde mais especialmente às matérias que hoje chamamos jurídicas. Esses textos, considerados como as fontes formais do direito hebraico, são os seguintes: Os Dez Mandamentos que, segundo a tradição, teria sido ditado a Moisés no Monte Sinai por Jeová, é conhecido por duas versões, uma no Êxodo (XX, 2-17), outra no Deuteronômio (V, 6-18); contém prescrições de caráter moral, religioso e jurídico muito ferais, redigidas sob forma de máximas imperativas muito curtas; "Tu não matarás", "Tu não levantarás falso testemunho contra teu próximo" etc.

O Código da Aliança, conservado no Êxodo (XX, 22, a XXIII, 33), tem um texto que se assemelha às codificações do Código de Hammurabi, o que permite supor que uma primeira formulação, talvez oral, poderia remontar a época anterior à estadia no Egito. Na sua forma final, o texto dataria da época dita "dos Juízes", isto é, do início da fixação em Canaã, nos séculos XII ou XI a.C.⁹⁵. O Código de Aliança contém prescrições religiosas, regras relativas ao direito penal, à reparação dos danos etc. Reflete costumes da época da sedentarização.

⁹⁴ Idem, *Ibidem*, p. 68.

⁹⁵ Idem, *ibidem*, p. 68.

O Deuteronômio, que em grego significa a segunda lei, a repetição ou cópia da lei, constitui⁹⁶ uma nova versão do Código da Aliança; na verdade, é uma codificação de antigos costumes, tendendo sobretudo à manutenção ao direito público e ao direito de família.

O Código Sacerdotal ou Lei da Santidade, contido no Levítico (cap. XVII a XXVI), contém um ritual dos sacrifícios e da sagração dos padres, mas encontram-se também aí disposições importantes sobre o casamento e o direito penal. Do mesmo período datariam os livros dos Profetas e os "livros sapienciais", quais sejam: salmos, provérbios etc., que completam as grandes partes do Antigo Testamento.

A Lei escrita ou *Thora* conservou uma autoridade considerável. Mesmo nos nossos dias, a interpretação do direito hebraico apoia-se num versículo da Bíblia. Mas foi necessário adaptá-lo à evolução da sociedade hebraica, o que foi feito pelos padres, chamados rabinos, comentadores da "lei escrita". As suas interpretações e adaptações formaram a *lei oral*, e as suas origens são, segundo a tradição judia, quase tão antigas quanto as leis escritas, de que ela descenderia.

A "lei oral" desenvolveu-se sobretudo entre a volta do cativeiro da Babilônia (515 a.C) e a diáspora (70 d.C), pois na sua volta para a Judéia, os Hebreus tiveram de se adaptar a novos modos de vida para os quais o velho direito bíblico não era suficiente. Os Rabis, ou seja, os mestres, alargaram e desenvolveram o *Thora* por meio de um importante doutrinal, de caráter exegético, incorporando também tradições e costumes novos. Essa atividade dos Rabis é comparável à dos jurisconsultos romanos da mesma época, que também se esforçaram para adaptar o direito arcaico a uma sociedade em rápida evolução.

No começo do século III d.C., um rabino (Rabi Yehouda Hanassis), chefe espiritual da comunidade judaica na Palestina, procedeu a uma nova

⁹⁶ Idem, ibidem, p. 68.

redação da "lei oral", obra que foi chamada de *Michna*, que significa ensino⁹⁷, que obscureceu as outras redações. A *Michna* foi, por sua vez, comentada e interpretada por numerosos rabinos dos séculos III, IV d.C., uns trabalhando na Palestina sob a dominação romana, outros na diáspora, na Babilônia. Essas interpretações, chamadas *Guémara*, terminaram produzindo textos mais abundantes que a *Michna* em si mesma, e com isso uma novo esforço de sistematização foi feito, agrupando *Michna* e *Guémara* no Talmude, ou seja, no estudo; inicialmente em Jerusalém, depois na Babilônia, aproximadamente na mesma época de Justiniano da primeira lei sálica.

O Talmude da Babilônia, mais completo e mais claro que o da Palestina, prevaleceu finalmente no judaísmo. Compreende não somente uma massa imensa de textos jurídicos e religiosos, ou seja, explicações da lei, que se impõe pela autoridade da maior parte dos Rabi, mas também numerosos textos que dizem respeito à história, à medicina, à astronomia e às ciências em geral.

A lei do talião, como já dissemos, se fazia presente na legislação mosaica. As disposições do Antigo testamento com relevância penal são inúmeras e muito importantes. Nesse sentido, diz-nos Zaffaroni e Pierangeli⁹⁸:

Em torno dos primeiros mandamentos elaboraram-se os delitos contra a religião, que compreendem a idolatria e a blasfêmia, a feitiçaria, a falsa profecia, a conjunção carnal com mulher durante o período menstrual etc. No que tange aos mandamentos de guardar os sábados e de honrar os pais, eram punidos com morte. O talião se fazia presente uma vez mais no homicídio, como violação do quinto mandamento. Não obstante, a Bíblia distingue claramente os casos de dolo, culpa provocação e caso fortuito (Êxodo, 21). Em torno dos mandamentos sexto e nono foram edificados os delitos contra os costumes, condenando-se a sedução e o estupro e fazendo várias distinções, segundo a vítima fosse virgem, não desposada, ou prometida. O adultério era punido com a morte, assim como o incesto. O furto era punido fundamentalmente com a restituição, que

⁹⁷ Idem, Ibidem, p. 69.

⁹⁸ Ob. cit. p. 185.

às vezes era multiplicada. Aquele que se introduzia na propriedade alheia podia ser legitimamente repellido e morto. A partir do oitavo mandamento foram erigidos os delitos de falso testemunho e perjúrio, que se puniam a tálhão, fazendo o autor sofrer a pena que sofrera a vítima.

Eis algumas prescrições, com as respectivas referências do local de origem:

- Também o homem que adulterar com a mulher de outro, havendo adulterado com a mulher do seu próximo, certamente morrerá o adúltero e a adúltera - Lev. 20:10.;
- E se algum homem no campo achar uma moça desposada, e o homem a forçar, e se deitar com ela, então morrerá só o homem que se deitou com ela; Porém à moça não farás nada. A moça não tem culpa de morte, porque, como o homem não se levanta contra o seu próximo, e lhe tira a vida, assim é esse negocio; Pois a achou no campo; a moça desposada gritou, e não houve quem a livrasse - Deu. 22:25-27. ;
- Quando também um homem se deitar como outro homem, como com mulher, ambos fizeram abominação; certamente morrerão; o seu sangue é sobre eles. - Lev. 20:13.;
- E o homem que se deitar com a mulher de seu pai, descobriu a nudez de seu pai; ambos certamente morrerão; o seu sangue é sobre eles. Semelhantemente, quando um homem se deitar com a sua nora, ambos certamente morrerão; fizeram confusão; O seu sangue é sobre eles - Lev. 20:11-2.;
- E quem furtar algum homem, e o vender, ou dor achado na sua mão, certamente morrerá - Êxo. 21:16. ;
- Portanto guardareis o sábado, porque santo é para vós; aquele que o profanar certamente morrerá; porque qualquer que nele fizer alguma obra, aquela alma será extirpada do meio do seu povo - Êxo. 31:14. ;
- Quem ferir alguém, que morra, ele certamente morrerá - Êxo. 21:12.;
- Quando houver uma moça virgem, desposada com algum homem, e um homem achar na cidade, e se deitar com ela, então trateis ambos à porta daquela cidade, e as apedrejareis com pedras, até que morram: a moça, porquanto não gritou na cidade, e o homem,

porquanto humilhou a mulher do seu próximo. Assim tirarás o mal do meio de ti - Deu. 22:23-24.;

- O que ferir seu pai, ou a sua mãe, certamente morrerá - Êxo. 21:15.;

- Quando alguém tiver um filho contumaz e rebelde, que não obedecer à voz de seu pai e de sua mãe, e, castigando-o eles, lhe não der ouvidos, então seu pai e sua mãe pegarão nele, e o levarão aos anciãos da sua cidade, e à porta do seu lugar; Então todos os homens da sua cidade o apedrejarão com pedras, até que morra; e tirarás o mal do meio de ti para que todo o Israel o ouça, o tema - Deu 21:18-19, 21.

2.1.8 Não se pode falar propriamente num direito grego, mas de uma multidão de diretos gregos, isto porque, com exceção ao curto período de Alexandre o Grande, em nenhum momento existiu uma unidade política e jurídica na Grécia Antiga. Cada cidade tinha o seu próprio direito, tendo caracteres específicos e evolução própria. Nesse sentido, adverte Gilissen⁹⁹ "nunca houve leis aplicáveis a todos os Gregos; no máximo, alguns costumes comuns. Na realidade, conhece-se mal a evolução do direito da maior parte das cidades; apenas Atenas deixou traços suficientes para permitir conhecer os estádios sucessivos da evolução do seu direito". E continua: "as fontes escritas são raras. Os poucos textos que permitem o estudo do direito são - além das grandes epopéias de Homero, para o período arcaico - alguns discursos do fim da época clássica do direito ateniense.

A idéia de lei para os gregos era encarnada pelo que se chamou *nomos*, que se traduz geralmente por "lei"; entretanto, como explica Gillisen¹⁰⁰,

os *nomoi* são uma coisa comum, regulada, idêntica para todos, querendo o justo, o belo, o útil; chama-se *nomos* o que é erigido em disposição geral, uniforme e igual para todos. O *nomos* é sobretudo o meio de limitar o poder da autoridade, porque a liberdade política consiste em não ter que obedecer senão à lei. Mas a lei é humana e laica; já não tem nada de religioso, de divino.

⁹⁹ Ob. cit. p. 73.

¹⁰⁰ Idem, ibidem, p. 73.

Na prática, continua, "os gregos fizeram poucas leis, no sentido romano e moderno do termo; porque o *nomos* designa tanto o costume como a lei. Serão os romanos os primeiros que virão a distinguir duma maneira precisa, o sentido de cada uma dessas fontes do direito".

A "lei" penal grega, por conseqüência, não tinha base teocrática. Os gregos não julgavam em nome dos deuses.

Referindo-se a esse aspecto, Zaffaroni e Pierangeli¹⁰¹ esclarecem que, "embora Atenas e Esparta diferissem notavelmente, não há dúvida que tanto uma como a outra estavam bem distantes da concepção teocrática do Estado. Com Grécia e Roma o direito penal se laiciza, torna-se marcadamente mundano". Entretanto, advertem, "essa não será uma conquista definitiva na história do homem, porque [...] há um longo caminho de marchas e contramarchas mas, de qualquer maneira, é o momento em que, na antiguidade, alcança-se o maior grau de laicização."

De fato, é com os gregos que a especulação sobre a verdade do mundo e dos humanos deixa de ser algo secreto e misterioso, que precisassem ser reveladas por divindades e alguns escolhidos, mas que, ao contrário, podia ser conhecida por todos, através da razão, que é a mesma em todos; que além da verdade poder ser conhecida por todos, podia, pelo mesmo motivo, ser ensinada ou transmitida a todos.

O gênio grego, entretanto, não mostrou predileção pelo jurídico, mas lançou as bases por onde circularam as primeiras escolas romanas. Em Roma sim, já se pode falar da existência de alguma ciência penal e seguir o curso de uma legislação através de séculos¹⁰², não esquecendo de que a majestade romana com relação ao direito se deu predominantemente no campo do direito privado.

¹⁰¹ Ob. cit. p. 186.

¹⁰² Zaffaroni e Pierangeli. Ob. cit. p. 187.

2.1.9 A história do direito romano é uma história de 22 séculos, do século VII a.C. até ao século VI d.C, no tempo de Justiniano, depois prolongada até o século XV no Império bizantino. No ocidente, a ciência jurídica romana conheceu um renascimento a partir do século XII, de modo que a sua influência permanece considerável sobre todos os sistemas romanistas de direito, mesmo nos nossos dias, como é no nosso caso.

Costuma-se dividir a história de Roma em três períodos, tendo-se como parâmetro a forma de governo: a realeza (até 509 a.C), a república (509-27) e o império, que é subdividido em Alto Império (até a época de Diocleciano, em 284) e Baixo Império (até a época de Justiniano, morto em 566), ao qual sucedeu o império bizantino. Essa divisão, entretanto, adverte Gilissen¹⁰³, "não corresponde à periodificação habitual da evolução" feita da seguinte maneira:

uma época *antiga*, até meados do século II a.C, período do direito romano muito antigo, direito do tipo arcaico, primitivo, direito de uma sociedade rural baseada sobre a solidariedade clânica; uma época *clássica* (de cerca de 150 a.C a 284 d.C.) , a do "direito romano clássico", direito duma sociedade evoluída, individualista, direito fixado por juristas numa ciência jurídica coerente e racional; a época do *Baixo império* , direito nascido da tripla crise do século III, política, econômica e religiosa, direito dominado pelo absolutismo imperial, pela actividade legislativa dos imperadores, pelo Cristianismo.

Nos primórdios de Roma, o direito penal teve uma origem sacra. Não obstante, a partir das XII tábuas, lei havida na época republicana, o direito já se encontra laicizado e estabelece a diferença entre delitos públicos e privados. Os primeiros eram perseguidos pelos representantes do Estado, no interesse deste, enquanto os delitos privados eram perseguidos por particulares em seu próprio interesse. Posteriormente, os próprios delitos privados, ou seja, os cometidos contra os homens livres, e naqueles em que o Estado originariamente não tinha interesse em perseguir, passam a ser perseguidos pelo Estado e submetidos a pena pública por meio do chamado procedimento extraordinário, o qual termina convertendo-se em ordinário. Assim foi como o

¹⁰³ Ob. cit. p. 81.

direito penal se afirmou em seu caráter público. Essa mudança tem lugar com o advento do Império, haja vista que durante a República, o povo romano havia sido simultaneamente legislador e juiz, permanecendo como delitos privados somente os mais leves¹⁰⁴.

Segundo a tradição lendária, esclarece-nos Gilissen¹⁰⁵, a lei das XII Tábuas teria sido redigida a pedido dos plebeus que, ignorando os costumes em vigor na cidade e as suas interpretações pelos pontífices, se queixavam do arbítrio dos magistrados patrícios. A redação teria sido confiada a dez comissários, em 451-449 a.C; o texto original, gravado em doze tábuas, teria sido afixado no fórum, mas destruído quando do saque de Roma pelos Gaulezes em 390. Esclarece ainda que a lei das XII Tábuas não é um código, no sentido moderno do termo; "não é também um conjunto de leis, antes uma redução a escrito de costumes, sob a forma de fórmulas lapidares. A sua redação tendeu a resolver um certo número de conflitos entre plebeus e patrícios; mas sua interpretação permaneceu secreta, porque confiada a pontífices.

Para o que nos interessa, a Lei das XII Tábuas, assim conhecida, revela um estágio da evolução do direito público e privado. Nela, a solidariedade familiar é abolida, mas a autoridade quase ilimitada do chefe de família é mantida; a igualdade jurídica é reconhecida teoricamente; são proibidas as guerras privadas e instituído um processo penal.

O direito romano do Baixo império, de Constantino a Justiniano, é o direito dum período de decadência política e intelectual, de regressão econômica. O cristianismo, sob a influência de idéias morais e religiosas vindas do Oriente, transformará numerosos princípios do direito privado. Instituições novas, que anunciam o feudalismo começam a aparecer. O centro vital do Império Romano passa de Roma para Constantinopla; depois da queda de Roma, em 146, apenas subsiste o Império do Oriente.

¹⁰⁴ Zaffaroni e Pierangeli, ob. cit. p. 190.

¹⁰⁵ Ob. cit. p. 86.

Ao direito romano clássico, que sobrevive nas obras dos juriscunsultos e das constituições imperiais (direito erudito), opõe-se um direito vivo, "o direito vulgar", nascido dos costumes novos e por vezes fixado pelos legisladores.

Discorrendo sobre do processo penal romano, onde cuida de precisar a introdução da tortura no sistema, Tourinho Filho¹⁰⁶ nos dá as seguintes informações sobre aquele: "O processo Penal Público atravessou, em Roma, fases interessantes. No começo da Monarquia não havia nenhuma limitação ao poder de julgar. Bastava a *notitia criminis*¹⁰⁷ para que o próprio Magistrado se pusesse em campo, a fim de proceder às necessárias investigações". Essa fase preliminar chamava-se *inquisitio*. Após as investigações, o Magistrado impunha a pena, de modo que a acusação era prescindida. Nenhuma garantia era dada ao acusado. Não havia limites ao arbítrio dos Juízes, e a "defesa" era exercida na medida em que o Magistrado entendia por bem concedê-la ao acusado.

Para moderar o arbítrio do Juiz, surgiu a *provocatio ad populum*, que tinha os contornos do que hoje conhecemos como recurso de apelação. O condenado tinha a faculdade de recorrer da decisão para o povo reunido em comício. O Magistrado que proferia a condenação, embasado nas provas coletadas durante a *inquisitio*, devia apresentar ao povo os elementos necessários para a nova decisão. Via-se, dessa maneira, quase na condição de acusado, trazido à barra do Tribunal popular para defender as próprias sentenças, não obstante as suas atribuições de presidente do comício.

No último século da República, surgiu nova forma de procedimento: a *accusatio*. Por ela, qualquer cidadão tinha o direito de acusar, exceto os

¹⁰⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Ob. cit. p. 76-78.

¹⁰⁷ Termo ainda hoje largamente utilizado entre os processualistas penais, no sentido de identificar a notícia do crime levada à autoridade policial (polícia judiciária) a quem cumpre instaurar o procedimento investigativo do inquérito policial, que tem como objetivo amealhar elementos de prova sobre a existência do crime e do seu autor. Comumente se faz referência à notícia do crime levada até a autoridade policial como "queixa", o que é tecnicamente errado, pois a "queixa" no processo penal tem outro sentido, que é o de iniciar a ação penal de natureza privada.

Magistrados, as mulheres, os menores e as pessoas que por seus antecedentes não oferecessem garantias de honorabilidade.

O processo era iniciado com a *postulatio* dirigida pelo acusador ao *quesitor*, quem decidia se o fato alegado constituía crime e se não havia nenhum obstáculo para que a demanda fosse admitida. Aceita a *postulatio* no registro do Tribunal, e, uma vez inscrita, já não podia o acusador desistir e, ao mesmo tempo, nascia para ele o direito de proceder às necessárias investigações para demonstrar em juízo a acusação. Devia, pois, o acusador acompanhar a causa desde a *postulatio* até a decisão final. Punia-se a tergiversação com multa, ficando ainda o tergiversador proibido de proceder a outras acusações. Se na acusação apresentasse fatos falsos, incorreria em crime de calúnia, sendo punido.

A administração da justiça ficava a cargo de um Tribunal popular, constituído de *judices jurati*, a princípio eleitos dentre os senadores (*patres conscripti*) e, depois, dentre os cidadãos, observadas suas condições morais, sociais e econômicas.

Para a formação do acordo (*consilium*) os juízes eram simplesmente designados pelas partes (*editio*). Depois, prevaleceu a formação pelo sorteio (*sortitio*).

Havendo vários acusados contra o mesmo réu e pelo mesmo crime, tinha lugar a *divinatio*, ou seja, decidia-se qual dos postulantes deveria acusar. Mais tarde, admitia-se a possibilidade de a acusação ficar a cargo de vários cidadãos.

O Tribunal era presidido pelo *quesitor*, que se limitava a manter a ordem e a lavrar a sentença, ditada pelo *judices jurati*. Havia réplica e tréplica. A princípio, a votação era feita oralmente. Depois, passou a ser secreta. Cada *judex* recebia uma pequena tábua sobre a qual escrevia a letra A (absolvo), ou a letra C (condeno) ou, então, as letras N. L - *non liquet* (abstenho-me). A decisão era tomada por maioria absoluta.

Se houvesse maioria de tábuas contendo as letras N.L, dava-se a *ampliatio*: repetia-se os debates e se procedia a nova votação. Em caso de empate, o acusado era absolvido.

Ao tempo do Império, a *acusatio* foi, pouco a pouco, cedendo lugar a outra forma de procedimento: a *cognitio extra ordinem*, onde os poderes dos Magistrados foram invadindo a esfera das atribuições já reservadas ao acusador privado, a tal ponto que, em determinada época, se reuniam no mesmo órgão do Estado as funções que hoje competem ao Ministério Público e ao Juiz. Ao tempo da *acusatio*, o processo não podia ser iniciado sem acusação. Esta era, com efeito, uma condição e obstáculo para o exercício do poder repressivo. Com a degeneração dos costumes, houve uma indiferença dos cidadãos, e muitos delitos ficaram impunes pela sua inércia.

O que foi um sacrifício em benefício da República, uma honra disputada pelo mais ilustres cidadãos, explica Tourinho Filho, "converteu-se em uma maldade alimentada pelo ódio e pela avidez. As recompensas prometidas aos delatores fizeram destes, como diz Hélié, "aves de rapina" que se lançavam sobre as pessoas que a fantasia sangrenta do amo lhes indicava".

Um instrumento de justiça e uma garantia para a liberdade, como foi o direito de acusar, converteu-se em meio de despotismo e opressão. Esse resultado tão pouco satisfatório explica as severas medidas que se adotaram contra os delatores e o decreto que, finalmente ditaria Trajano: dispondo que o acusador fosse objeto das mesmas medidas cautelares que afetavam o acusado, isto é, que ambos fossem detidos até a conclusão do processo.

Com o novo procedimento, procurou-se evitar aquela degeneração. procedia-se a uma inquirição preliminar, e havia, à semelhança da nossa Polícia Judiciária, funcionários encarregados de proceder a tais investigações. Eram os *curiosi*, os *irenarchae*, os *nuntiatores*, os *stationarii*, os *digiti duri*, esclarece Tourinho Filho¹⁰⁸, sendo que depois, o Magistrado atuava *ex officio*, sem atender nem à acusação nem à denúncia, procedimento que se tornou regra geral.

¹⁰⁸ Ob. cit. p. 79.

Acusador e julgador estavam consorciados numa mesma pessoa. O julgamento não mais ficava afeto aos *judices jurati*, mas a uma Magistratura.

A apelação, neste novo procedimento, era dirigida ao Imperador, *appellatio ab principem*. Depois o recurso de apelo passou a ser dirigido a Magistrados Superiores.

O processo da *cognitio extra ordinem*, arremata Tourinho Filho, faz introduzir, entre os romanos, a tortura, para obtenção de confissões. A princípio torturava-se o réu. Depois, não só o réu como também as testemunhas para que falassem a verdade.

Com a queda do Império Romano e a invasão da Europa pelos povos bárbaros¹⁰⁹, e com ela tem início a Idade Média, que tem como marco inicial a deposição do último Imperador Romano por Odoacro, rei dos germanos hérulos, em 476.

2.1.10 O direito penal germânico evoluiu durante os séculos V até o século XI d.C, como resultado do reforço de seu caráter estatal. A pena mais grave conhecida pelo direito penal germânico foi a "perda da paz" (*Friedlosigkeit*), que consistia em retirar-se a tutela social ao apenado, com o que qualquer pessoa podia matá-lo impunemente. Nos delitos privados se produziu a *Faida* ou inimizade contra o infrator e sua família. A *Faida* podia terminar com a composição (*Wertgeld*), consistente em uma soma de dinheiro que era paga ao ofendido ou sua família, ou também mediante o combate judicial, que era uma ordália, ou seja, juízo de Deus. As ordálias eram muito comuns entre os germanos. Toso o seu direito penal tinha um caráter marcadamente individualista¹¹⁰.

Essa característica privatista dos germanos foi se perdendo ao longo dos séculos, em que o direito penal também entre eles foi se fazendo público.

¹⁰⁹ Os gregos, e, depois, os romanos, chamavam de "bárbaros" os povos que viviam além dos domínios de sua civilização e se mostravam avessos à sua cultura. Em relação a Roma, barbado era o povo não submetido ao Império, que falava língua diversa do grego e do latim, adotava outras regras jurídicas e um modo de vida diferente. entre os principais povos bárbaros, estavam os germanos, que se dividiam em: anglos, saxões, visigodos, ostrogodos ou godos do leste, vândalos, francos, suevos, burgúndios, lombardos e alamanos. (COTRIM, Gilberto. **História Global**: Brasil e geral. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 94.

¹¹⁰ Zaffaroni e Pierangeli. Ob. cit. p. 191.

Seu caráter privatista e individualista provinha de sua natureza de povo guerreiro, em que a paz era vista como o direito e a ordem.

Sobre o processo penal germânico, Tourinho Filho nos presta o seguinte esclarecimento¹¹¹:

Entre os germanos houve, também, a distinção entre crimes públicos e crimes privados. A Justiça, para os primeiros, era administrada por uma Assembléia presidida pelo rei, príncipe, duque ou conde. A confissão tinha um valor extraordinário. Se o réu confessasse, seria condenado. Feita a acusação, era o réu citado para comparecer ante a Assembléia. O ônus da prova, diz Pertile, não incumbia ao autor, mas sim ao réu, que devia demonstrar sua inocência, sob pena de ser condenado.

As principais provas eram os *ordálios*, como já vimos, e o juramento. O acusado jurava não ter praticado o crime de que era processado, e tal juramento podia ser fortalecido pelo Juízes, os quais declaravam sob juramento que o acusado era incapaz de afirmar uma falsidade. Essa prova do juramento baseava-se na crença de que Deus, conhecendo o passado, pode castigar aquele que jura falsamente.

Quanto ao Juízo de Deus, esclarece Tourinho Filho¹¹², "não era propriamente uma prova, mas uma devolução a Deus da decisão sobre a controvérsia, sua prática foi demais generalizada". Conforme as pessoas, realizava-se, como Juízo de Deus, o duelo judicial: se o acusado vencesse, seria absolvido, pois era inocente. Havia outros Juízos de Deus, continua Tourinho Filho,

chamados, posteriormente, *purgationes vulgares*, como o da "água fria" e o da "água fervente". O primeiro consistia em arremessar o acusado à água: se submergisse, era inocente; se permanecesse à superfície, era culpado. O outro consistia em fazer o réu colocar o braço dentro da água fervente e, se, ao retirá-lo, não houvesse sofrido nenhuma lesão, era inocente... Pelo Juízo de Deus do "ferro em brasa", devia o acusado segurar por algum tempo um ferro incandescente ; caso não se queimasse, era inocente. ..."

¹¹¹ Ob. cit. p. 79.

¹¹² Idem, ibidem, p. 80.

Quanto da invasão de Roma pelos germanos, estes levaram consigo seus costumes, aparecendo, assim, entre os romanos, um verdadeiro processo misto, formado de elementos germânicos e romanos.

2.1.11 Qualquer estudo histórico sobre a tortura não poderia de deixar de abordar, pelo menos um esboço da evolução do direito canônico. Direito canônico, explica Gilissen¹¹³, "é o direito da comunidade religiosa dos cristãos, mais especificamente, o direito da Igreja Católica. O termo "cânon" vem do grego kanoon = *regula*, regra), empregado nos primeiros séculos da Igreja para designar decisões dos concílios."

A igreja, como sabemos, desempenhou um papel considerável na sociedade medieval, e não se pode dizer que ainda não continue desempenhando influência relevante no campo jurídico dos dias de hoje, pelo menos nos sistemas jurídicos de origem romanista, como é o nosso.

Mas o que do direito canônico nos interessa é a sua relação com a tortura, de modo que a esse aspecto devemos nos ater, não sem antes prestarmos algumas informações necessárias ao entendimento do tema.

Cronologicamente, segundo Gilissen¹¹⁴, podem distinguir-se três períodos na história do direito canônico nas suas relações com o direito laico: fase ascendente, dos séculos III a XI; apogeu, nos séculos XII e XIII e decadência, a partir do século XIV, mas sobretudo a partir do século XVI, na seqüência da Reforma e da laicização dos Estados e, portanto, do direito, da Europa Ocidental.

A Igreja começou a desempenhar um papel na vida política e social do Império Romano a partir dos meados do século III, a data capital na história da Igreja é, contudo, ocasião em que Constantino, senhor de Roma pela sua vitória sobre Mexêncio, publicou o Édito de Tolerância de Milão, proclamando a liberdade dos cultos e a restituição aos cristãos de todos os bens que lhe tinham sido confiscados no decurso da última perseguição. Pouco depois, o

¹¹³ Ob. cit. p. 133.

¹¹⁴ Idem, ibidem, p. 136.

cristianismo torna-se religião oficial do estado e todas as outras religiões são proibidas.

Saindo da semiclandestinidade, a Igreja torna-se uma instituição do Estado. A sua organização territorial é estabelecida de acordo com o modelo de administração do Império Romano. Em cada província romana, havia um arcebispo; em cada *civitas* (que se tornará diocese ou episcopado), um bispo, que tinha sob a sua dependência o clero das paróquias. A competência do bispo era muito extensa; ele era auxiliado, no domínio religioso, por padres e no domínio laico, para administração dos bens da Igreja, por arquidiáconos e diáconos¹¹⁵.

O império Bizantino tornou-se uma teocracia no sentido de que o imperador acumulava os poderes temporal e espiritual; Justiniano, por exemplo, intervém na disciplina da Igreja e mesmo nas questões da fé e de dogma.

Com o desmembramento do Império do Ocidente no século V, o poder temporal enfraqueceu. A Igreja já não continua submetida ao Estado, mas, tendo continuado como única, constitui a autoridade comum aos fiéis dos diferentes Estados. Ela influencia os governantes, obtém o seu auxílio para a evangelização, mas não os submete à autoridade.

A influência do direito canônico sobre os direitos da Europa Ocidental explica-se em parte pela extensão da competência dos tribunais eclesiásticos, não apenas em relação aos membros do clero, mas também, na Idade Média, em relação aos leigos¹¹⁶.

Os cristãos encontraram nos ensinamentos de Cristo alguns princípios a seguir no caso de se levantarem divergências entre eles. Assim, segundo as Epístolas de São Paulo, é aconselhado procurar a conciliação em caso de desacordo entre Cristãos e, havendo fracasso, recorrer à arbitragem da comunidade cristã; a excomunhão é a sanção suprema. Vivendo numa semiclandestinidade, os Cristãos deviam evitar a intervenção dos juizes

¹¹⁵ Idem, Ibidem, p. 136.

¹¹⁶ Idem, p. 139.

romanos não cristãos; ao mesmo tempo, deviam submeter-se à autoridade disciplinar dos seus chefes religiosos, os padres e os bispos. O poder jurisdicional da Igreja tem, portanto, uma dupla origem: arbitral e disciplinar.

A partir de 313, Constantino favoreceu o desenvolvimento da jurisdição episcopal, permitindo às partes submeterem-se voluntariamente à decisão do seu bispo, dando à decisão episcopal o mesmo valor da decisão de um julgamento.

Em matéria penal, os imperadores romanos reconheceram, nos séculos IV e V, a competência dos bispos para todas as infrações puramente religiosas ou espirituais, ou seja, para tudo aquilo que dissesse respeito à fé, ao dogma, aos sacramentos, à disciplina no seio da Igreja¹¹⁷.

Na época da dinastia de Carlos Magno (742-814), em virtude da confusão crescente entre o espiritual e o temporal, a Igreja atribuiu-se uma certa competência nas questões temporais que se relacionassem diretamente com matérias religiosas, sobretudo àquelas que dissessem respeito aos sacramentos, tendo sido assim que os tribunais eclesiásticos tornaram-se os únicos competentes para todas as questões relativas ao casamento (por constituir um sacramento) e, por extensão, os tribunais laicos terminam por encarregar à Igreja toda a jurisdição ligada à matérias conexas ao casamento, como legitimidade de filhos, divórcio etc.

Nesta época, esclarece Gilissen¹¹⁸, que vai dos séculos X a XIX,

as jurisdições laicas estão em plena decadência na sequência do enfraquecimento do poder real pelo feudalismo. A Igreja, na maior parte da Europa Ocidental, atinge seu apogeu e teve a possibilidade de conhecer um largo domínio de poder jurisdicional, mesmo em relação aos leigos.

Em matéria civil e penal, os Tribunais eclesiásticos ficam com a competência absoluta para julgar todas as pessoas, leigos e clérigos;

¹¹⁷ Idem, p. 139.

¹¹⁸ Idem, Ibidem, p. 139.

competência que é contestada por tribunais laicos, que pretendiam, pelo menos, ter competência concorrente com relação ao julgamento dessas matérias, que voltaram a conquistar, com exclusividade, no século XIV¹¹⁹.

O processo aplicado perante os tribunais eclesiásticos era bastante diferente do dos tribunais laicos. No domínio penal, por exemplo, o processo permaneceu durante muito tempo dependente de queixa, ou seja, do acusatório, que se desenrolava mais ou menos como o processo civil. Nos finais do século XII apareceu o processo oficioso, por inquirição (*inquisitio*) ordenada pelo juiz desde que tivesse conhecimento de uma infração (procedimento inquisitorial). Este processo foi largamente aplicado pelo Santo Ofício na luta contra as heresias¹²⁰ e levou a permissão de ordenar a tortura (*quaestio*), instituição recebida direito romano e aplicada contra os heréticos por uma bula de Inocência IV, de 1252.

2.1.12 A partir do século XVI, o direito canônico deixa progressivamente de desempenhar o papel que tinha na Idade Média. A sua influência limita-se cada vez mais às questões religiosas. As causas desta decadência são múltiplas, segundo Gilissen¹²¹, podem ser divididas em causas internas e externas à Igreja. A Igreja encontra-se dividida pela Reforma; numerosos países, a Inglaterra, as Províncias Unidas, os países escandinavos, a maior parte da Alemanha, deixam de estar sob a obediência de Roma. Mesmo onde o catolicismo se mantém, o Estado laiciza-se; rejeita a intervenção da Igreja na organização de funcionamento de seus órgãos políticos e judiciários.

Na época moderna, a lei desempenha um papel mais importante do que na Idade Média. Assiste-se a um crescimento sensível do papel da lei como fonte do direito, a ponto de esta ter eliminado quase inteiramente o costume ainda antes da Revolução Francesa, fenómeno que resulta da

¹¹⁹ Idem, p. 141.

¹²⁰ Heresia, do grego, *haíresis*, *hairesen*, significa escolher. Na época helenística tinha o sentido de doutrina de escolha. Com o advento do cristianismo, a palavra recebeu uma conotação pejorativa de "doutrina que está fora da igreja", ou seja, contrária aos princípios da fé cristã. No fundo, heresia nada mais é do que divergência de opinião. Esta a definição de João Ribeiro Júnior, in **Pequena História das Heresias**. São Paulo: Papirus, 1989, p. 19, obra em que se faz minuciosa análise do que foi o chamado crime de heresia, e de como deu ensejo à criação dos terríveis e temidos Tribunais da inquisição.

¹²¹ Ob. cit. p. 141.

evolução geral do direito numa sociedade cada vez mais individualista, na qual o papel social, político e jurídico da família e dos grupos privilegiados diminui constantemente. O desenvolvimento do saber e, sobretudo, da escrita, favorecem a lei em detrimento do costume. Mas a preponderância da lei é, antes de mais nada, consequência do reforço do poder dos soberanos, uma vez que monarquia se tornou absoluta. Em certos países, todos os poderes estavam nas mãos do príncipe, que procurava unificar o direito do seu país e suprir os particularismos costumeiros com a ajuda de uma atividade legislativa que invade cada vez mais domínios.

A ciência do direito foi dominada, nos séculos XVII e XVIII, pela escola do direito natural.

A idéia de que existe um direito inerente à própria natureza humana começa a existir muito antes do século XVII. Os juristas e filósofos da Antiguidade grega e romana conheceram a noção de direito natural. Os romanos faziam uma distinção entre o *jus civile* (o direito civil, o direito dos cidadãos romanos) e o *jus gentium* (o direito das pessoas que não gozavam do estatuto de cidadãos), sendo este último dominado pelas regras que decorrem da própria natureza das coisas, ou seja, o direito natural.

Na Idade Média aparece o direito natural cristão, através, por exemplo, de Santo Agostinho, que na sua *Civitas Dei* lhe dá lugar, com a concepção do direito divino.

No século XVI, a Reforma e o desenvolvimento do racionalismo ferem a concepção cristã do direito natural. Forma-se assim uma nova concepção do direito natural, baseada na razão humana e independente de qualquer concepção religiosa. Este direito natural laico é um direito racionalista que domina todas as relações entre os homens, seja qual for a sua raça e qualquer que seja a sua posição social. Os próprios reis não podiam subtrair-se às leis naturais, fundamentais, universais, permanentes e imutáveis, que decorrem da natureza humana. Assim se combateu a tendência para o absolutismo real, baseada no direito divino. É o que explica, segundo

Gilissen¹²² "o fato pelo qual o estudo do direito natural racional não se desenvolver mais nem na França nem nos Países Baixos sob o domínio espanhol, mas sim nas Províncias-Unidas, na Alemanha e na Inglaterra".

As guerras de religião e as conquistas coloniais foram outro fator de desenvolvimento do direito natural laico; para encontrar regras jurídicas comuns a todos os beligerantes, era preciso procurá-las na própria natureza humana cujo respeito se impunha a todos.

Foi nessa onda que surgiu a obra de Hugo de Gdoot, dito Grotius¹²³, intitulada "Direito da Guerra e da Paz" onde o autor examina o fundamento do direito, mostrando, logo em sua introdução, que o direito social não está submetido nem a um princípio positivo nem a uma prática política, e nem mesmo a uma ordem divina: é fundamentado por um direito natural. A "existência absoluta" desse direito de natureza tem origem na constituição do homem, ao mesmo tempo social e racional. A formação do pacto comunitário resulta desse direito natural: o indivíduo sente a necessidade de organizar não só os interesses pessoais, de tal sorte que eles se subordinem ao direito público, mas também às relações entre Estados, para que eles se subordinem ao direito internacional.

Enriquecido com numerosos exemplos, o texto de Grotius constitui uma ponte entre a antiguidade e a modernidade. Ao submeter o direito à natureza, aproxima-se de Platão e de Cícero; mas na sua tentativa de fundamentar o direito universal com base num conceito cívico, prenuncia filósofos como Rousseau ou Kant.

Grotius, segundo Gilissen¹²⁴, "é conhecido como o pai do direito natural", direito que fez escola e se desenvolveu posteriormente, sobretudo na Inglaterra, com Thomas Hobbes (1588-1679) e na Alemanha com Samuel Pufendorf (1632-1694), que em "Direito da Natureza e das Gentes" defende a

¹²² Ob. cit. p. 365.

¹²³ in **Dicionário de Obras Filosóficas**, de Denis Hoisman. Tradução de Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 132.

¹²⁴ Ob. cit. p. 365.

liberação da política da teologia e fundamenta na razão os direitos naturais do homem, teoria que conduz naturalmente à negação do absolutismo de direito divino e baseia-se na idéia de contrato social e na qual virão a se inspirar os teóricos das luzes (Rousseau em particular).

Mas o que tudo isso tem a ver com a tortura, ou num apanhado legislativo do mundo sobre a tortura? Diríamos: tudo.

2.1.13 É que chegamos ao século XVIII, século das luzes, onde são inúmeros os pensadores e escritores cuja influência foi considerável e persistente sobre os fatos e sobre o pensamento político e jurídico do século XIX, e até do século XX. Século em que as idéias de soberania da nação, isto é, do povo, de separação dos poderes, de preponderância da lei, da legalidade das infrações e das penas, de direito do homem, direitos naturais e subjetivos inalienáveis tomaram corpo, século da expressão do liberalismo nascente, idéias que dominaram desde então a concepção do direito e do Estado, e com tudo isso o surgimento dos primeiros documentos que terminam banindo a tortura como meio exeqüível para a obtenção da confissão, o tão a gosto do período medievo.

Século de John Locke (1632-1704) com sua "Carta sobre a Tolerância", onde afirma que todo homem pertence a duas sociedades: a civil e a religiosa, que o problema da intolerância provém da confusão entre esses dois domínios é perniciosa, tanto para a saúde do corpo social quanto para a busca de salvação individual, cabendo ao poder político impedir a interferência mútua de ambas, sem se preocupar com a salvação das almas nem com a fé, sobre as quais o governo não tem direito algum, já que o seu poder não pode ir além dos interesses da sociedade; que a igualdade dos direitos para todos os cultos, sem diferenças, deve ser respeitada; de Montesquieu (1689-1755), seu discípulo, que no "Espírito das Leis" defende que "o poder do rei está longe de ser limitado; deve respeitar a liberdade e as leis fundamentais do bem público".

Século de Rousseau (1712-1778), que no seu "Contrato Social" lança as grandes teorias sobre o Estado e o direito, que irão influenciar as

Revoluções americana e francesa. O homem, diz Rousseau, "é por natureza um ser social provido de direitos subjetivos ilimitados é obrigado a viver em sociedade", ou no seu livro "Emílio", onde propugna:

nada de lição de lições de moral em forma de sermão, mas sim as que a criança recebe naturalmente, como conseqüências materiais de seus atos. As crianças mentem? Não cabe incentivar contra a mentira e punir a criança precisamente por ter mentido, mas sim mostrar que todos os efeitos maléficos da mentira, tal como não ter crédito mesmo quando ela diz a verdade ou ser acusada de um mal que não tenha cometido, mesmo quando dele se defende, caem sempre sobre a cabeça quanto ela mente.

Século, enfim, de Beccaria (1738-1794), que no seu "Dos Delitos e das Penas", de enorme influência na modernização do direito penal, propõe uma idéia nova para seu tempo, ao pregar que "a justiça não é serva da religião; uma condenação não vinga uma ofensa à divindade", e que "o direito só deve ser definido e julgado como instância social. Sua razão de ser é a utilidade". Ou ainda: "as penas não têm outra origem senão o desejo humano de segurança", e ainda que: "num regime arbitrário, em que o poder é tendente a inventar os delitos à medida que convenha, o delinqüente potencial não pode prever nada e, assim, está disposto a tudo".

Foi em grande medida com base nesses pensamentos, como dissemos, que surgiram no mundo os primeiros documentos que, de uma forma ou de outra, proscrevem a tortura como meio legítimo de combate ao crime, a exemplo da Declaração de Direitos Norte-Americanas, de 12 de junho de 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada pela Assembléia Nacional Francesa de 1789, que constituem as cartas fundamentais de emancipação do indivíduo perante grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu: a família, o estamento, as organizações religiosas. A afirmação da autonomia individual, que vinha sendo progressivamente feita na

consciência européia desde fins da Idade Média, assume na Europa Ocidental e nos Estados Unidos, contornos jurídicos definidos¹²⁵.

2.3 UM CASO PARADIGMA

O livro de Pietro Verri "Observações sobre a tortura"¹²⁶, é um clássico sobre o tema. Nele, Verri, que foi um dos grandes iluministas do século XVIII¹²⁷, horrorizado e indignado com a sobrevivência da tortura legal em Milão no final do século XVIII, escreveu o que viria a ser um dos livros mais chocantes e comoventes sobre a brutalidade da tortura¹²⁸. O autor investiga sobre a origem desse flagelo da humanidade e, com certo desencanto, registra sua antiguidade e sua permanência através dos tempos, como um atestado da fragilidade humana, que pode levar o indivíduo tanto à mais irracional e dignificante exaltação dos sentimentos quanto à extrema baixaza¹²⁹.

¹²⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 94.

¹²⁶ VERRI, Pietro. **Observações sobre a tortura**. 2.ed. Tradução de Frederico Carotti. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Prefácio de Dalmo de Abreu Dallari.

¹²⁷ Verri nasceu no século XVIII, na data de 12 de dezembro de 1728, em Milão. Morreu em 28 de junho de 1797, na mesma Cidade, aos sessenta e nove anos de idade. Foi contemporâneo de Beccaria (1738-1794); Montesquieu (1689-1755); Voltaire (1694-1778); Rousseau (1712-1778); Kant (1704-1804) e Hegel (1770-1831), dentre outros. Em 1759 tornou-se capitão do exército imperial e lutou contra os prussianos na Alemanha, durante a Guerra dos Sete Anos. Em 1761 retorna a Milão e funda a "Accademia dei Pugni", composta por jovens intelectuais, dentre os quais Beccaria. Em 1764, junto com o grupo, edita o jornal *Il Caffè* e participa do conselho que estuda um novo sistema de cobrança de impostos. Também neste ano Beccaria publica anonimamente *Dos delitos e das penas*, cuja revisão final cabe a Pietro Verri, que escreve juntamente com o irmão Alessandro a *Resposta às notas e observações sobre o livro Dos delitos e das penas*, em defesa de Beccaria contra os ataques do padre Facchinei. Em 1765 torna-se membro do Supremo Conselho de Economia de Milão. Em 1766 viaja com seu irmão Alessandro e Beccaria a Paris, com quem rompe relações e passa a insistir na escassa originalidade de *Dos delitos e das penas*, segundo ele uma trama de citações roubadas a Montesquieu, Helvétius, Voltaire, Grevius. Em 1771 publica as *Meditações sobre a economia política*. Em 1772 é nomeado vice-presidente do *Magistrato Camerale* de Milão. Em 1773 publica o tratado sobre a *Índole do prazer*, reimpresso em 1781 com o título *Discurso sobre a índole do prazer e da dor*. Em 1775 publica em Zurique o *Tratado sobre a abolição da tortura*, de Sonnenfels. Em 1776 começa a segunda redação das *Observações sobre a tortura*, ano em que a imperatriz Maria Tereza abole a tortura nos Estados hereditários do Império austríaco, abolição que foi recusada pelo senado Milanês, que gozava de certa autonomia na matéria e do qual participava o seu pai, Gabriele Verri, que foi o relator da matéria, tendo opinado contra a abolição, no que foi acompanhado pela maioria dos senadores, fato que contribuiu para que as *Observações sobre a tortura* só fossem publicadas em 1804, sete anos depois da morte de Pietro Verri, provavelmente para não tornar pública, de modo agressivo, a divergência com o pai, procurando também evitar uma situação de conflito com as famílias importantes de Lombardia. Em 1786, com a abolição do *Magistrato Camerale*, Verri é aposentado. Escreve os *Pensamentos sobre o estado político do ducado de Milão em 1790*, um reexame crítico do "despotismo esclarecido". Em 1796, aceita participar da Municipalidade Republicana de Milão, depois da invasão de napoleônica da Cidade e morre durante uma sessão noturna, em 28 de junho. (Dados coletados da edição brasileira do livro. Ob. cit. pp. XXV- XXVII e do Dicionário de Obras Filosóficas de Denis Huisman, São Paulo: Martins Fontes, 2000.)

¹²⁸ Dalmo de Abreu Dallari, no prefácio da edição brasileira, retro. P. VIII.

¹²⁹ Idem, ibidem, p. IX.

Apoiando-se em fontes históricas, sobretudo nas obras de Pierre de la Ramée e Juan Luis Vives, escritas no século XVI, Verri registra atos de tortura por ordem de Tarquínio, o Soberbo, último rei de Roma, que governou de 534 a 510 a.C. E lembra que na própria Grécia, onde a exaltação do espírito atingiu o seu apogeu, houve prática de tortura, como no caso expressivo do filósofo Zenão de Eléia, torturado barbaramente por determinação do tirano Nearco, no século V a.C, acusado de estimular a subversão¹³⁰.

Já na introdução, Verri nos revela sobre o seu propósito com a obra e de como pretende escrevê-la para os simples¹³¹. E no final da mesma introdução lança uma constatação e uma reprimenda que merecem ser transcritas:

A maioria dos juízes foi se tornando gradualmente insensível às dores das torturas em razão de um respeitável princípio, qual seja, sacrificar o horror dos males de um homem apenas suspeito em prol do bem geral de toda a sociedade. Os que defendem a prática penal o fazem julgando-a necessária à segurança pública e persuadidos de que, caso fosse abolido o rigor da tortura, os crimes permaneceriam impunes e se vedaria ao juiz o caminho para desvendá-los. Não acuso de vício a quem assim raciocina, mas creio que comete um erro evidente, e um erro cujas conseqüências são cruéis. Os juízes que no século passado condenavam as feiticeiras e os magos à fogueira também acreditavam estar limpando a terra de muitos inimigos ferozes, e no entanto estavam imolando vítimas ao fanatismo e à loucura. Foram alguns beneméritos homens que esclareceram seus semelhantes e, desmascarada a falácia que havia

¹³⁰ Idem, ibidem, p. IX.

¹³¹ "Desejo que o leitor imparcial julgue se minhas opiniões são verdadeiras ou não. Evitarei a grandiloquência, ou ao menos isso me proponho, e se por vezes a natureza me fizer ouvir sua voz e minha reflexão nem sempre acorrer para sufocá-la, espero que seja perdoado e tentarei reprimi-la o mais que puder, pois não desejo seduzir nem a mim nem ao leitor, e quero caminhar serenamente até a verdade. Não espero glória alguma desta obra; ela versa sobre um caso ignorado pelo resto da Itália. Terei de mencionar trechos do processo, e serão as palavras de pobres desgraçados e incultos que falavam apenas o lombardo vulgar, não haverá eloquência ou rebuscamento na escrita; desejo unicamente esclarecer um assunto que é importante: se a razão mostrar que é injusto, extremamente perigoso e cruel aplicar as torturas, a recompensa que terei será bem mais preciosa para mim do que a glória de ter escrito um livro; terei defendido a parte mais fraca e infeliz de meus irmãos. Se eu não conseguir expor claramente a barbárie da tortura tal como a sinto, meu livro deverá ser incluído no infinito rol dos supérfluos. De qualquer forma, mesmo que eu atinja meu fim e que, esclarecida a opinião pública, se instaure um método mais razoável e menos feroz para desvendar os crimes, sucederá a meu livro o mesmo que sucede aos andaimes, os quais, depois de erguida a construção, são derrubados ..."Ob. cit. p.p 5-6.

triunfado nos séculos precedentes, aquelas atrocidades passaram a ser evitadas e a elas se sucedeu um sistema mais humano e razoável. Espero que tal exemplo suscite ao menos a paciência de examinar comigo se a tortura é útil e justa, e talvez eu consiga demonstrar que esta é uma opinião tão infundada quanto foi a feitiçaria, embora conte a seu lado com a prática dos tribunais e com a venerada tradição da antiguidade.

O tema central do livro é a reconstrução, apoiada em documentos, de um processo criminal realizado em Milão no ano de 1630, processo que ficou conhecido como "processo dos unttores", porque os réus, Guglielmo Piazza e Giacomo Mora, eram acusados de untar, passar um óleo venenoso nas paredes da cidade, para assim espalhar uma doença contagiosa, uma peste, que exterminou grande parte da população milanese, que chegou a matar 800 pessoas. Milão, nessa época, estava sob o domínio espanhol, e soldados mercenários de várias procedências circulavam por quase toda a Europa, transportando suas mazelas através das cidades, muitas das quais vivendo na imundície, sem os mais elementares cuidados de higiene, tendo sido da Espanha que chegou a notícia de que chegou a notícia de que uma epidemia da peste caminhava através das fronteiras, sendo intencionalmente disseminada por pessoas que esfregavam um óleo mortífero nas paredes¹³².

O atraso e as superstições não deixavam perceber o absurdo dessa afirmação, pois obviamente os unttores deveriam ser as primeiras vítimas.

Quando os médicos milaneses deram o alarme, anunciando a chegada da peste, a população se revoltou contra os médicos, que foram acusados de atrair a peste com suas denúncias, recebidas como falsas e alarmistas. A população só se convenceu da realidade quando o número de mortos por dia já era muito elevado e as autoridades, visando obter a cooperação do povo, fizeram desfilar pela cidade, à luz do dia, uma carreta abarrotada de cadáveres com os sinais da peste.

¹³² Dalmo de Abreu Dallari, prefácio cit. p. XI.

Desesperado, o povo queria vingar-se de qualquer modo dos causadores da tragédia e passou a procurar descobrir quem é que estava esfregando óleo envenenado nas paredes de Milão. O governo querendo mostrar diligência, oferecia um prêmio a quem denunciasse os culpados. Aí duas comadres, únicas testemunhas que deram fundamento ao processo, afirmaram ter visto quando um modesto comissário do serviço sanitário, Guglielmo Piazza, chegou à rua tendo um papel na mão esquerda. Parou em frente a uma casa, olhou para ela, fez o gesto de quem estivesse escrevendo sobre o papel e, em seguida, apoiou a mão direita na parede.

Foi o quanto bastou para que uma das comadres, que olhava a cena da janela de sua casa, fosse comentar com a outra esse fato, que lhe parecia suspeito. Esta afirmou que também tinha observado os movimentos do infeliz Piazza, achando-os muito estranhos. A partir daí foi feita a denúncia, que se espalhou rapidamente, dando como descoberto o untor.

O governo da cidade, ou por ter sido muito pressionado pelo povo ou, possivelmente, por achar conveniente identificar um culpado e assim exonerar-se de responsabilidade, também agiu como se estivesse fora de dúvida a descoberta do criminoso.

Guglielmo Piazza foi preso e se iniciou o processo criminal, cujo objetivo era só confirmar aquilo que já se tinha como certo: ele era um dos untores. Brutalmente torturado na presença de um juiz, pendurado pelos braços até que, por seu próprio peso ocorresse o deslocamento à altura dos ombros, Piazza tentou negar sua culpa, mas por diversas vezes, quando baixaram a corda que o sustentava, sua obstinação em afirmar-se inocente irritou o juiz. Este determinou que o suspendessem novamente, até que resolvesse confessar.

Não suportando mais as dores, Piazza confessou, mas aí se iniciou uma nova sessão de tortura, agora para ele dizer quem tinha fornecido o unguento pestilento. Outra vez levado ao desespero, Guglielmo apontou como seu cúmplice um pobre barbeiro, seu vizinho, Gian Giacomo Mora, que, pela

descrição feita no processo, Verri conclui fosse incapaz de participar de uma ação criminosa que exigisse esperteza e inteligência, por ser semi-deficiente.

Igualmente torturado, Mora também acabou confessando. A polícia foi à sua casa e apreendeu uma tinta de lixívia, que a mulher do barbeiro usava para a limpeza da casa. O conteúdo da tinta foi logo apontado com sendo o material de fabricação do ungüento mortífero e, assim, um reforço da prova.

Desse modo, de tortura em tortura, com apoio na lei e com a construção arbitrária da prova pelo juiz, Piazza e Mora foram condenados à morte, executando-se a pena com a mesma brutalidade observada nas sessões de tortura. Assim se afirmava que estava sendo feita justiça.

Verri, no capítulo da obra intitulado "se a tortura é um tormento atroz", dá o seu conceito de tortura: "Por tortura não entendo uma pena atribuída a um réu condenado por sentença, mas a pretensa busca da verdade por meio dos tormentos.", filiando-se assim aos que vêm nela um simples meio e não um fim. Entretanto, basta que verifiquemos a forma como as sentenças de morte de Guglielmo Piazza e Gian Giacomo Mora foram cumpridas para concluirmos que não se pode prescindir ao conceito de tortura fim em si mesmo. Nas palavras do próprio Verri, eis como se deram as execuções¹³³:

conduzidos numa carroça, sofrendo as tenazes em várias partes do corpo, tiveram a mão decepada, depois, fraturados os ossos dos braços e pernas, ficaram entrelaçados vivos sobre as rodas e lá ficaram por umas seis horas, ao cabo das quais foram finalmente decapitados pelo algoz, sendo depois queimados e suas cinzas lançadas ao rio

Tortura e pena de morte serviram neste caso, como em muitos outros, desde muito antes até os nossos dias, para satisfazer baixos instintos e os sentimentos de ódio de uns e para dar apoio ao cínico oportunismo de outros, que manipulam a ignorância para se manterem numa posição de poder.

¹³³ Ob. cit. p. 70.

Cento e quarenta anos depois da ocorrência deste caso, a tortura continuava a ser legal no ducado de Lombardia, de onde veio a ser oficialmente abolida no ano de 1784.

A abolição da tortura legal na Europa teve como ponto de partida um decreto de Frederico II da Prússia, de 1740, e foi seguida por vários Estados no final do século XVIII, ganhando maior ênfase com a Revolução Francesa e a expansão da idéia abolicionista através das guerras napoleônicas¹³⁴.

2.4 A TORTURA LEGALIZADA NO BRASIL: LEGADO COLONIAL

No período anterior à primeira Constituição Brasileira, a imperial de 1824, o Brasil era regido pelas leis portuguesas. Mais especificamente o Código Filipino¹³⁵.

As instituições do período colonial foram estabelecidas sob o Código Afonsino, de meados do século XV, o Código Manuelino do início do século XVI e o Código Filipino do início do século XVII. Esses códigos foram tentativas de ordenar o acúmulo multissecular de leis, decretos, práticas consuetudinárias e precedentes da antiga Roma e dos reinos visigóticos que se seguiram ao domínio romano na península ibérica, bem com as práticas judiciais da inquisição ibérica. Além do mais, uma influência significativa, mas largamente

¹³⁴ Dalmo de Abreu Dalarmi, no prefácio cit. p. XXI.

¹³⁵ As Ordenações Afonsinas, como nos lembra Zaffaroni e Pierangeli (ob. cit. p. 210) não tiveram aplicação no Brasil, pois até 1521, quando de sua revogação, nenhum núcleo colonizador havia se instalado no Brasil. Só em 1532, Martim Afonso de Souza iniciou a colonização, fundando a cidade de São Vicente. Vigiam, pois, as Ordenações Manuelinas. A partir de 1534 e até 1536, as terras do Brasil foram divididas em capitanias hereditárias, em número de 14, que foram entregues a 12 donatários. A estes foram delegados poderes quase absolutos, constituindo-se em mandatários do reino, com poderes e obrigações bem definidos, mas que eram bastante abrangentes. Entre os deveres, estava o de administrar a terra e fazer cumprir a lei, exercendo função de supremo magistrado, cabendo-lhe a nomeação de juizes, tabeliães etc. Na Carta de Doação estabelecia-se que o donatário tinha "jurisdição e alçada de morte natural", inclusive em escravos, estrangeiros e peões, homens livres, assim para absolver como para condenar, sem haver apelação nem agravo. Para pessoas de maior qualidade, e nos casos de delitos comuns, ficavam estabelecidas penas que iam até dez anos de degrado ou 100 cruzados de multa. Nos casos de heresia, traição, sodomia e moeda falsa, todavia, seriam condenados à morte como qualquer outros acusados.

ignorada dos reinos muçulmanos da Ibéria medieval persistia linguisticamente em termos como "alferes"¹³⁶, "alcaide"¹³⁷, "aljube"¹³⁸ e "meirinho"¹³⁹.

Devido ao papel fundamental que o Brasil passou a ter no século XVII para a economia de Portugal, uma série de reformas inspiradas no nepotismo esclarecido europeu tornou o controle colonial português mais penetrante, eficiente e opressivo para o nativismo brasileiro emergente. Portugal estabeleceu em suas colônias um elaborado sistema judicial que era essencial para a manutenção do Império, e os juízes estavam entre os principais representantes da autoridade monárquica que provocaria o ressentimento crescente dos brasileiros¹⁴⁰.

As leis penal e processual penal eram regidas no Livro V do Código Filipino, que especificava os mecanismos do absolutismo. Somente agente da coroa, e não particulares, podiam iniciar o processo. Somente juízes reais podiam reunir e avaliar provas, decidindo quais eram relevantes e quais deviam ser excluídas, e a tortura judicial era um instrumento importante para extrair confissões.

Os julgamentos punham juiz e promotor contra o acusado, que não tinha direitos; os processos podiam ser conduzidos em sigilo, se o juiz julgasse conveniente. E as punições legais incluíam a mutilação física, marcação com ferro em brasa, esquartejamento e açoite.

É desse período a criação da Polícia como instituição formal, havida em razão da transferência da família real portuguesa para o Brasil. Nasce assim a Intendência Geral da Policia da Corte e do Estado do Brasil, em 10 de

136 militar que detém a posição hierárquica de alferes; graduação de autoridade, correspondente às várias categorias de funcionários públicos; classe. In Dicionário Aurélio Eletrônico: século XXI, versão 3.0, Lexikon Informática Ltda., novembro de 1999.

137 oficial de justiça, antigo governador de castelo ou de província, atual autoridade administrativa espanhola, cujas funções correspondem à de um prefeito. Mesma fonte anterior.

138 prisão escura, cárcere. Cárcere de foro eclesiástico, que ficava, em geral, junto a um mosteiro; prisão de padres. Mesma fonte anterior.

139 antigo funcionário judicial, correspondente ao Oficial de Justiça de hoje; antigo magistrado, de nomeação régia, e que governava amplamente um território ou comarca. Mesma fonte anterior.

¹⁴⁰ HOLLOWAY, Thomas H. **Polícia no Rio de Janeiro**: repressão e resistência numa cidade do século XIX. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1997, p. 44.

maio de 1808, baseada no modelo francês introduzido em Portugal em 1760, que ficou responsável pela obras públicas e por garantir o abastecimento da cidade, além da segurança pessoal e coletiva, o que incluía a ordem pública, a vigilância da população, a investigação dos crimes e a captura dos criminosos.

Assim como os juízes do Tribunal Superior de apelação do Rio, o intendente ocupava o cargo de desembargador, sendo também considerado ministro de Estado. Tinha o poder de decidir sobre os comportamentos a serem considerados criminosos, estabelecer a punição que julgasse apropriada e então prender, levar a julgamento, condenar e supervisionar a sentença dos infratores. Ele representava, portanto, a autoridade do monarca absoluto e, coerentemente com a prática administrativa colonial, seu cargo englobava poderes legislativos, executivos (policiais) e judiciais.

O decreto real que criou a intendência confirmou o conceito de outorga da autoridade judicial sobre os delitos menores à polícia, nos seguintes termos, segundo Holloway¹⁴¹ :

como sucede haver crimes que não necessitam de outro castigo, mas pedem alguma correção, poderá o mesmo intendente geral nestes casos prender aquelas pessoas que a merecerem, conservando-as na prisão o tempo que julgar necessário para a emenda.

Tratando da pena de morte instituída nas Ordenações Filipinas, Zaffaroni e Pierangeli¹⁴² lembram sobre as quatro modalidades que as mesmas poderiam ser executadas: *Morte Cruel*: a vida era tirada lentamente, entremeada de suplícios. Muitas vezes, a escolha do meio de torturar mais sofrido para o réu, levava à sua morte; *Morte Atroz*: nessa, acrescentavam-se algumas circunstâncias agravantes à pena capital, como o confisco de bens, a queima do cadáver, o seu esquartejamento e até a proscrição de sua memória; *Morte Simples*: que representava apenas a perda da vida e era executada mediante degolação, enforcamento, este ressalvado para as classes mais

¹⁴¹ Ob. cit. p. 46

¹⁴² Ob. cit. p. 207.

humildes, porque era tido como infame; *Morte Civil*: com esta pena, eliminava-se a vida civil e os direitos de cidadania.

Esclarecem os mesmos autores sobre o curioso fato de que as Ordenações muitas vezes não apresentavam expressões muito claras, de maneira que através de um exame sobre o seu texto se pudesse enquadrar a sanção cominada do esquema transcrito. Ao contrario, explicam,

adotando uma linguagem inadequada, o Código criava, em muitos casos, perplexidades e discussões, que eram solucionadas através das construções exegéticas dos doutores, nem sempre pacíficas. Destarte, a expressão *morra morte natural para sempre*, que à primeira vista parece um grave disparate, já que não se concebe uma morte provisória, era uma fórmula pela qual o legislador queria significar a *morte atroz*, diferenciada da *morte simples* (expressa pelo *morra morte natural*), em razão do acréscimo do complemento *para sempre*

Outras espécies de sanções graves eram as chamadas *penas vis*, entre as quais se encontram as de açoite, corte de membro, galés ou trabalhos públicos, o baraço e pregão, entre outras. Também eram contempladas as penas de multas e a de degredo. A forma mais grave de execução desta última era a que se cumpria no Brasil.

Alguns dos crimes tipificados eram bizarros, ao menos para os dias de hoje. Eis alguns deles, com a redação original¹⁴³:

•Dos Hereges e Apostatas: O conhecimento do crime de heresia pertence principalmente aos Juizes Eclesiásticos. E porque elles não podem fazer as execuções nos condenados no dito crime, por serem de sangue, quando condenarem alguns hereges, os devem remetter a Nós com a sentenças que contra eles derem, para os nossos Dezembargadores as verem: aos quaes mandamos, que as cumpram, punindo os hereges condenados como por direito devem. E além das penas corpóreas, que aos culpados no dito malefício

¹⁴³ PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil**: evolução histórica. Bauru, São Paulo: Jalovi, 1980, pp 18-163. Livro V das Ordenações Filipinas.

forem dadas, serão seus bens confiscados, para se delles fazer o que nossa mercê fôr, postoque filhos terão. (título I) ;

- Defendemos, que pessoa alguma não benza cães, ou bichos, nem outras alimárias, nem use disso, sem primeiro haver nossa auctoridade, ou dos Prelados, para o poder fazer. E o que o contrário fizer, seja publicamente açoutado, se for peão, e pague mil réis para quem o accusar. E se for Scudeiro, ou dahi para cima, seja degradado por hum anno para África, e pague dous mil reis para quem o acusar. E sendo mulher será degradada por dous annos para Costo-Marfim, e pagará os ditos dous mil réis (Título IV);

- E que disser mal de seu Rey, não será julgado per outro Juiz, senao per elle mesmo, ou per as pessoas, a quem o elle em epecial commetter. E ser-lhe-á dada a pena conforme a qualidade das palavras, pessoa, tempo., modo e tenção, com que foram ditas. A qual pena, se poderá estender até morte inclusive, tendo as palavras taes qualidades, porque a meraça (Título VII);

- Toda pessoa, de qualquer qualidade que seja, que peccado de sodomia per qualquer maneira commetter, seja queimado, e feito per foto em pó, para que nunca de seu corpo e sepultura possa haver memória, e todos seus bens sejam confiscados para a Coroa de nosso Reino, posto que tenha descendentes; pelo mesmo caso seus filhos e netos ficarão inhabiles e infames, assi como os daqueles que commettem crime de Lesa Magestade(Título XIII);

- Todo homem, de qualquer qualidade e condição que seja, que entrar em Mosteiro de Freiras de Religião approvada, e fôr tomado dentro, ou lhe fôr provado, que entrou, ou este de dia, ou de noite dentro do Mosteiro; em casa, ou lugar dentro do encerramento delle, que pareça que era para fazer nelle alguma cousa ilícita contra a honestidade do dito Mosteiro, pagará com cruzados para o Mosteiro, e mais morra por ello morte natural (Título XV);

- Mandamos que o homem, que dormir com mulher casada, e que em fama de casada stiver, morra por ello (Título XXV);

- Achando o homem casado sua mulher em adultério, licitamente poderá matar assim a ella, como o adúltero, salvo se o marido for peão, e o adúltero Fidalgo, ou nosso Dezebargador, ou pessoa de maior qualidade. Porém, quando matasse alguma das sobreditas pessoas, achando-a com sua mulher em adultério, não morrerá por isso mas será degradado para África com pregão na audiência pelo tempo, que aos Julgadores bem parecer, segundo a pessoa que matar, não passando de trez annos (Título XXXVIII).

As ordenações não contemplavam o que hoje denominamos de princípio da legalidade, ou seja, da impossibilidade de não poder haver crime nem pena sem anterior previsão legal, conhecido pelo brocardo jurídico latino *nullum crimen nulla poena sine lege*, de modo que para certos crimes eram cominadas penas chamadas *pena crime arbitrária*, exatamente aquela que ficava ao desejo do julgador, que a fixava como bem entendesse, segundo a qualidade da malícia, e a prova, que dela houver.

Sobre o processo penal das Ordenações Filipinas, Frederico Marques¹⁴⁴, anunciando-o com as seguintes palavras:

No tocante ao processo penal, as Ordenações de Felipe II repetiram em grande parte o que nas outras continha, mormente a "nova ordem do processo criminal" publicada por D. João III. Era no famoso Livro V, de malsinada memória em virtude de seus preceitos desumanos e bárbaros, que vinha regulado, nos seus institutos básicos, o procedimento penal. Sob o signo de seu sistema normativo, cruel e despótico, ali se acasalavam um Direito Penal retrógrado e sanguinário com regras processuais inquisitivas, consubstanciadas, sobretudo nas tristemente famosas inquisições devassas.

Eis a síntese do procedimento anunciado: A acusação era pública quando intentada por qualquer pessoa do povo, e particular, quanto intentada pelo ofendido. Entretanto, pressupunha, nos dois casos, apresentação preliminar de querela, sumário de querela com audiência de três ou quatro testemunhas e pronúncia. Distinguiam-se, também, as causas que comportavam acusação da Justiça, das que não as comportavam. Nas primeiras, o Ministério Público, que existia em Portugal desde os tempos de D. Manoel, fazia as vezes de queixoso, substituindo-o, oferecendo o libelo e seguindo os mais termos da causa. Os juízes competentes deviam, nos seus territórios, logo que tivessem notícia do fato, formar corpo de delito e abrir

¹⁴⁴ MARQUES. José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 1.v. São Paulo: Bookseller, 1997, p. 95.

inquirições-devassa¹⁴⁵, isto é, sem determinação do criminoso e exatamente para descobri-lo.

Haviam devassas gerais e especiais: as gerais, sobre delitos incertos, eram tiradas anualmente, quando os juízes principiavam a servir os seus cargos, e também eram gerais as chamadas *Janeirinhas*, que, em relação a alguns crimes, se tiravam em janeiro de cada ano; as especiais supunham a existência de delito de que fosse só incerto o delinqüente. As devassas gerais deviam terminar dentro de trinta dias depois de começadas; as devassas especiais deviam começar dentro de oito dias depois do sucesso, exceto nos casos de incêndio e de flagrante delito, e terminar dentro de trinta dias. Em regra as testemunhas perguntadas nas devassas não podiam exceder a trinta. A competência para as devassas gerais era dos juízes de fora, sendo elas o padrão; as especiais eram dos juízes do território onde fora cometido o delito ou dos juízes e outros ministros comissionados.

Como se procediam sem citação da parte, as devassas não eram consideradas inquirições judiciais para o efeito do julgamento, sem que as testemunhas fossem reperguntadas. Não havia necessidade dessa reiteração, para os casos de prisão preventiva, e também se o réu assinasse um termo dispensando a inquirição, para que as houvesse como judiciais.

As devassas originavam-se do procedimento inquisitivo. Uma vez existente o crime e descoberto seu autor, vinha a pronúncia, se de devassa resultasse prova suficiente para a prisão do réu. Seguia-se o processo de acusação e julgamento, o procedimento dos recursos, tudo segundo o estatuído no título CXXIV do livro V, das Ordenações¹⁴⁶.

Os tormentos eram admitidos como meios de prova, observadas as seguintes regras: a) não se podia dar tormenta a Fidalgo, Cavalheiro, Doutor em cânones, leis ou medicina, e vereadores, senão nos casos de falsidade,

¹⁴⁵ termo usual naquela época para indicar a inquirição de testemunhas para a apuração de crime, em alguns casos, tendo certeza dele, procurava-se descobrir seu autor. In "Curso de Processo Penal 2.ed. 1.v.p. 39, de Heráclito Antônio Mossin.

¹⁴⁶ Ob. cit. pp. 116-121.

moeda falsa, testemunho falso, sodomia, alcoviteria e furto (título CXXXIV do livro V) b) era permitido apelar do tormento mandando dar o juiz a alguém (título VI do Livro III); c) o tormento podia dar-se por pequenos indícios em crimes de lesa-majestade (título VI do Livro V); d) podia ser repetido o tormento, para o acusado, em três casos: o primeiro, se houve indubitáveis indícios, que ainda que ele no tormento negue, não deixa o julgador de crer que ele o fez; o segundo, se depois sobrevieram outros novos indícios; o terceiro, se confessa no tormento e depois se desdiz (título CXXXIV do livro V); e) dava-se tormento de até quarenta açoites ao escravo fugitivo, para que diga quem é seu senhor, sem apelação nem agravo (título LXII do livro V); g) tormento poderá logo dar o Corregedor da Corte ao malfeitor, de que houve evidentes indícios com acordo do regedor e desembargadores (título VII do livro I); h) tormento se dá por uma só testemunha, ou confissão extrajudicial, fama pública ou fuga (título CXXXIV do livro V) i) quando se der tormento, não estará presente mais que o julgador, o escrivão e o ministro.

Findo o período de provas, procedia-se à publicação, ou "ato judicial, pelo qual se renunciavam as mais provas, e se fazem os autos patentes às partes"¹⁴⁷. Tratava-se de um dos atos substanciais da causa. Vinha em seguida as alegações das partes, e por fim a conclusão que é a sujeição da causa ao conhecimento do Juiz. Conclusa a causa, restava que o Juiz desse a sentença, segundo a lei e os autos.

Com a vitória da Revolução Francesa e a proclamação dos Direitos do Homem, intensifica-se a propagação dos ideais humanitários da Justiça Penal e já se preparavam reformas nesse sentido, quando a invasão napoleônica fez tudo abortar¹⁴⁸.

Posteriormente, entretanto, a Cortes portuguesas, inspiradas pelo movimento liberal que proliferava na Europa, através da Lei de 12 de novembro de 1821, extinguiram todas as devassas gerais que se encontravam inseridas nas Ordenações Filipinas, sendo que no Brasil, o príncipe D. Pedro cria, em 18

¹⁴⁷ Frederico Marques, ob. cit. p. 97

¹⁴⁸ Idem, p. 99.

de junho de 1822, juízes de fato para o julgamento dos crimes de imprensa; e, por aviso de 28 de agosto do mesmo ano, manda os juízes criminais observarem o que está consignado na Constituição da monarquia portuguesa de 1821. Em consequência, foram também aqui extintas as devassas¹⁴⁹, ficando estabelecido para os acusados as seguintes garantias: nenhum indivíduo deve ser preso sem culpa formada, lei alguma, notadamente a penal, será imposta sem absoluta necessidade; toda pena deve ser proporcional ao delito, e nenhuma deve passar da pessoa do delinqüente.

O confisco de bens, a infâmia, os açoites, o pregão, a marca de ferro quente, a tortura, e as diversas penas infamantes, ficaram também abolidas com a lei de 18 de junho de 1822¹⁵⁰.

Assim, é correto afirmar que a tortura foi legalmente abolida no Brasil no ano de 1822, mesmo antes da proclamação da independência e da Primeira Carta Constitucional de 25 de março de 1824, que inseriu no direito pátrio, embora tardiamente, as idéias liberais que substituíram as iníquas práticas do sistema inquisitivo.

Em matéria penal e processual penal a Constituição Política do Império trouxe disposições completamente diversas das que vigoravam sob a égide do Livro V das Ordenações. Vejam-se, a propósito, com a redação original¹⁵¹, as seguintes, inseridas nos diversos incisos do art. 179, cunhado no Título 8º, que disciplina as "Disposições Gerais e Garantias dos Direitos Civis, Políticos dos Cidadãos Brasileiros":

I. Nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei;

V. Ninguém pode ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda Moral Pública;

VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas

¹⁴⁹ Mossin, Heráclito Antônio. Ob. cit. p. 45.

¹⁵⁰ Frederico Marques, ob. cit. p. 99.

¹⁵¹ CHAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Todas as Constituições do Brasil**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1976.

contadas da entrada da prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Provações próximas aos logares da residência do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoável, que a Lei marcará, attenta a extensão do território, o Juiz por uma Nota de culpa, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testemunhas, havendo-as;

XVIII. Organizar-se-á quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça, e Equidade;

XIX. Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis;

XX. Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente. Por tanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infâmia do Réo, se transmitirá aos parentes em qualquer grão, que seja;

XXI. As Cadêas serão seguras, limpas, e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme as circunstâncias, e natureza dos crimes;

O que sucedeu daí, no pertinente à legislação penal no Brasil, foram exatos três Códigos Penais: o Código Criminal do Império, de 1831; e os Códigos Republicanos de 1890 e o de 1941.

O Código de 1831 tinha feição liberal. Oriundo da fusão de dois projetos: um do Deputado Bernardo Pereira de Vasconcelos e outro do Deputado Clemente Pereira, tendo sido sancionado pelo Imperador em 16 de dezembro de 1831¹⁵².

Em que pese sua feição liberal, contemplava a pena de morte. Não obstante, um caso em que ela foi imposta e um inocente (Mota Coqueiro), impressionou tanto a D. Pedro II que este comutou todas as sentenças posteriores que ela seria aplicada¹⁵³.

Proclamada a Republica, em 15.11.1889, o Ministro Campos Sales encomendou ao Conselheiro Baptista Pereira um projeto de código, incumbência que foi aceita. O projeto foi examinado por uma comissão nomeada pelo Ministro da Justiça e em 11.10.1890, pelo Decreto. 847, foi

¹⁵² Zaffaroni e Pierangeli. Ob.cit. p. 219.

¹⁵³ Idem, Ibidem, p. 219.

mandado observar o novo código. Este Código, com algumas modificações posteriores, vigorou até 31.11.1941 .

Segundo Zaffaroni e Pierangeli¹⁵⁴, "o código de 1890 foi muito criticado, por possuir um texto arcaico e defeituoso. Não obstante as críticas, possui um texto liberal, clássico, que simplificou o sistema de penas do código anterior", e explicam as críticas sofridas pelo Código:

É óbvio que a República nasceu sob o signo ideológico do positivismo, e o código Batista Pereira não correspondia a essa ideologia. Isto explica as críticas de que foi alvo, particularmente quando chegaram ao Brasil as influências de Ferri e de toda a escola criminológica italiana. Obviamente, as tendências elitistas e racistas não poderiam ver no código de 1890 algo diferente do que a materialização do liberalismo que eles satanizavam. Justifica-se, destarte, a crítica sobre ser "o pior de todos os códigos". (referência feita por João Monteiro)

O Código de 1940, ainda em vigor, provém do projeto de Alcântara Machado, que sofreu a revisão de uma comissão composta por Nelson Hungria, Roberto Lyra, Narcélio de Queiroz e Vieira Braga, tendo-se apresentado o projeto definitivo ao governo em 04.11.1940, vindo a ser sancionado em 07 de dezembro do mesmo ano.

Segundo Zaffaroni e Pierangeli¹⁵⁵,

é um código rigoroso, rígido, autoritário no seu cunho ideológico, impregnado de "medidas de segurança", pós-delituosas que operavam através do "sistema duplo binário" ou da "dupla via" através da qual chega-se a burlar a proibição constitucional da pena perpétua. Seu texto corresponde ao tecnicismo jurídico autoritário que, com a combinação de penas retributivas e medidas de segurança indeterminadas, desemboca numa clara deterioração da segurança jurídica e converte-se num instrumento de neutralização

¹⁵⁴ Idem, Ibidem, p. 219.

¹⁵⁵ Idem, Ibidem.

de indesejáveis, pela simples deterioração provocada pela inconstitucionalização demasiadamente prolongada.

O Código de 1940, arrematam os mesmos autores, foi sancionado na vigência da Carta Política de 1937, claramente autoritária. Seu sistema de penas e medidas de segurança, que na prática constituem recursos formais para prolongar as penas indefinidamente, não era compatível com a Constituição de 1946. Não obstante, tal como na Itália, esse sistema se manteve, embora atenuado pela ação da doutrina e jurisprudência, mostrando sempre uma dualidade de concepção do homem que, com o passar do tempo, foi se tornando mais manifesta e intolerável.

No pertinente à legislação processual penal posterior à Constituição de 1824, temos o seguinte: Com a nova ordem política e social ditada pela Independência, no tocante ao direito processual penal, surge, em 1832, o Código de Processo Criminal do Império, que era, tal qual o Código Penal de 1839, um corpo de leis humanitário e liberal. Com ele apresentou-se uma organização judiciária do país, a regulamentação do Júri, o banimento das "devassas" e "querelas", nos termos da Constituição de 1824, e estabeleceu-se em seu lugar a denúncia e a queixa.

Tratava-se, segundo Silva Júnior¹⁵⁶, de "um estatuto processual muito bom, com altos méritos e com poucos assuntos frágeis".

Em razão de agitações políticas e movimentos revolucionários, em 03 de dezembro de 1841, foi editada a Lei n. 261, que deu ao Governo Imperial instrumentos e meios para enfrentar o momento que vivia. Criou-se então um aparelho policial altamente centralizado, no sentido de armar o Governo de poderes suficientes para levar a bom termo a tarefa a que se propunha de tornar efetiva a autoridade.

¹⁵⁶ SILVA JÚNIOR, Euclides Ferreira. **Curso de Direito Processual Penal**: em linguagem prática. 2.ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000, p. 9.

Com a reforma processual de 1871, como já vimos, desaparece o policiamento reacionário da Lei 261, separando-se as atividades jurisdicionais e policiais, surgindo algumas alterações importantes, como a criação do inquérito policial, do qual também já tratamos em capítulo precedente.

Proclamada a República e instalada nova ordem política, social e jurídica no país, com o que ocorrem mudanças significativas no campo do processo penal.

Com base na Constituição de 1891, por exemplo, os Estados-membros passam a poder legislar sobre matéria processual, o que até então era competência exclusiva da União. Quebrou-se, dessa maneira, a unidade do direito processual, oportunizando o surgimento de vários estatutos processuais penais, não sendo o caso de analisar cada um dos Códigos criados pelos vários Estados da Federação.

A revolução de 1930 inicia a ditadura Vargas, que mantém o regime pluralista, que durou até a Constituição de 1934, quando foi restaurado o regime da unidade processual, tendo como consequência a edição do Código de Processo Penal (Dec-Lei n. 3.689, de 03.10.1941), que continua em vigor até os nossos dias, com várias modificações relativamente à sua edição originária. Com ele mantém-se o inquérito policial com sua natureza inquisitiva, preserva-se a titularidade ordinária da ação penal ao Ministério Público, eliminando-se quase que totalmente o procedimento "ex officio".

2.5 O BANIMENTO TEXTUAL DA TORTURA NO PLANO INTERNACIONAL: PRINCIPAIS DOCUMENTOS, EXTRACONSTITUCIONAIS E CONSTITUCIONAIS

Antes de qualquer coisa é preciso esclarecer sobre o fato de que o "direito de não ser submetido à tortura", enquanto declaração formalizada, só veio aparecer em documentos internacionais e, destarte, no elenco formal dos denominados direitos humanos, no período do pós-guerra de 1945, precisamente com a ONU e sua Declaração Universal dos Direitos Humanos,

redigida em sob o impacto das atrocidades cometidas durante a 2ª Guerra Mundial.

Algumas palavras sobre a ONU, especialmente com relação ao contexto histórico da sua gênese e missão, bem assim da Declaração Universal dos Direitos Humanos se fazem procedentes.

A Guerra Mundial de 1939 a 1945 costuma ser apresentada como a consequência de falta de solução, na conferencia internacional de Versalhes, às que questões suscitadas pela 1ª Guerra Mundial e, portanto, de certa forma, com a retomada das hostilidades interrompidas em 1918. Essa interpretação é plausível, assume Comparato¹⁵⁷, "mas deixa na sombra o fato de que o conflito bélico deflagrado na madrugada de 1º de setembro de 1939, com a invasão da Polônia pelas forças armadas da Alemanha nazista, diferiu profundamente da guerra de 1914 a 1918". Diferiu, explica,

não tanto pelo maior número de países envolvidos e a duração mais prolongada do conflito - seis anos, a partir das primeiras declarações oficiais da guerra -, quanto pela descomunal cifra das vítimas. Calcula-se que 60 milhões de pessoas foram mortas durante a 2ª Guerra Mundial, a maior parte de civis, ou seja, seis vezes mais do que no conflito do começo do século, em que as vítimas, em sua quase totalidade, eram militares. Além disso, enquanto a guerra do início do século provocou o surgimento de cerca de 4 milhões de refugiados, com a cessação das hostilidades na Europa, em maio de 1945, contavam-se mais de 40 milhões de pessoas deslocadas, de modo forçado ou voluntário, dos países onde viviam em meados de 1939.

Associado a isso existe ainda o fato de que a qualidade das duas guerras foi bem distinta. A primeira desenrolou-se nos moldes clássicos das guerras anteriores, pelas quais os Estados procuravam alcançar conquistas territoriais, sem escravizar ou aniquilar os povos inimigos. A segunda, diferentemente, foi deflagrada com base em proclamados projetos de subjugação de povos considerados inferiores, ao que deve-se acrescentar o

¹⁵⁷ Idem, p. 199.

seu trágico final com o lançamento da bomba atômica em Hiroshima e Nagasaki, em 06 e 09 de agosto de 1945, que redundou a morte instantânea de 160 mil pessoas, além dos milhares que viriam a morrer em consequência das doenças provocadas pelas radiações¹⁵⁸, com o que as consciências se abriram, enfim, para o fato de que a sobrevivência da humanidade exigia a colaboração de todos os povos na renegociação das relações internacionais, com base no respeito incondicional à dignidade humana¹⁵⁹.

A ONU foi criada em junho de 1945, quando representantes de 51 países formaram a Carta das Nações Unidas, que entrou em vigor em 24 de outubro do mesmo ano. Nasceu com a vocação de se tornar a organização da sociedade política mundial, à qual deveriam pertencer, necessariamente, todas as nações do globo empenhadas na defesa da dignidade humana.

Durante a sessão de 16 de fevereiro de 1946 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, ficou estabelecido a criação de uma Comissão de Direitos Humanos, com a incumbência de desenvolver seu trabalho em três etapas. Na primeira, elaboraria uma declaração de direitos humanos, de acordo com o disposto no artigo 55 da Carta das Nações¹⁶⁰. Em seguida, deveria produzir, no dizer de um dos delegados presentes na reunião, "um documento juridicamente mais vinculativo do que uma mera declaração", documento este que haveria de ser um tratado ou convenção internacional. Finalmente, ainda nas palavras do mesmo delegado, seria preciso criar "uma maquinaria adequada para assegurar o respeito aos direitos humanos e tratar os casos de sua vinculação¹⁶¹".

¹⁵⁸ COTRIM, Gilberto, ob. cit. p. 404.

¹⁵⁹ COMPARATO, Fábio Konder. Ob. cit. p. 200.

¹⁶⁰ De teor seguinte: " Art. 55. Como o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão: a) níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social; b) a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos; a cooperação internacional, de caráter educacional; e c) o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua e religião". (Texto retirado da obra de Fábio Konder Comparato, já cit. p. 206).

¹⁶¹ COMPARATO, Fábio Konder, ob. cit. p. 208.

A primeira etapa foi concluída pela Comissão em 18 de junho de 1948, com um projeto de Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral em 10 de dezembro do mesmo ano. A segunda etapa somente se completou em 1966, com a aprovação de dois Pactos, um sobre direitos civis e políticos, e outro sobre direitos econômicos, sociais e culturais. Antes disso, a Assembleia Geral aprovou várias convenções sobre direitos humanos. A terceira etapa, consistente na criação de mecanismos capazes de assegurar a universal obediência desses direitos, ainda não foi completada. Por enquanto, o que se conseguiu foi instituir um processo de reclamação junto à Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, objeto de Protocolo facultativo, anexo ao pacto sobre direitos civis e políticos.

Tecnicamente, conforme acentua Comparato¹⁶², a Declaração da ONU "é uma *recomendação*, que a Assembleia Geral das Nações Unidas faz aos seus membros (Carta das Nações Unidas, artigo 10)", de modo que, nessas condições, continua o mesmo autor, "costuma-se sustentar que o documento não tem força vinculante", e arremata, "sendo por essa razão que a Comissão de Direitos Humanos concebeu-a, originalmente, como uma etapa preliminar à adoção ulterior de um pacto ou tratado internacional sobre o assunto".

No texto da Carta das Nações não existe menção explícita à proibição da tortura, embora disso se pudesse cogitar pela referência que contém sobre a dignidade e do valor do ser humano como direito fundamental¹⁶³.

Um esclarecimento que nos parece essencial, ainda que de cunho predominantemente didático, é sobre a necessária distinção entre as expressões: "direitos do homem", "direitos humanos" e "direitos fundamentais",

¹⁶² COMPARATO. Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 209.

¹⁶³ Contido no preâmbulo da Carta, com a seguinte redação: "Nós, os povos das Nações Unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço de nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como nas nações grandes e pequenas ..."

costumeiramente utilizadas como sinônimas. Nesse sentido, os seguintes esclarecimentos de Sarlet¹⁶⁴, de que aos denominados "direitos do homem" deve-se entender como direitos naturais que ainda não estão positivados; aos "direitos humanos" como direitos positivados na esfera internacional e "direitos fundamentais" àqueles já reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado.

Dito isso, voltemos aos principais textos internacionais que proíbem explicitamente a tortura; seja enquanto meio, para galgar confissão no processo penal, seja enquanto fim, no caso de castigo exagerado.

O primeiro deles foi a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, que no seu art. V estatui assim: "ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante".

O segundo veio através dos pactos internacionais de direitos humanos de 16 de dezembro de 1966, que desenvolveram pormenorizadamente o conteúdo da Declaração Universal de 1948. São eles: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Políticos. Ao primeiro foi anexado um Protocolo Facultativo, atribuindo ao Comitê de Direitos Humanos, instituído pelo próprio pacto, competência pra receber denúncias de violação de direitos humanos, formuladas por indivíduos contra qualquer dos Estados-Parte, dentre os quais encontra-se o Brasil, que ratificou a ambos, através do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991 e promulgado pelo Decreto nº 592, de 06 de dezembro de 1992.

A referencia explícita à tortura encontra-se no Pacto Internacional sobre Direitos Políticos, precisamente no seu artigo 7º , cuja redação é a seguinte:

¹⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 32.

Ninguém poderá ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas

A Convenção Americana de Direitos Humanos, aprovada na Conferência de São José da Costa Rica em 22 de novembro de 1969¹⁶⁵, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, que entrou em vigor em 1978, quando o 11º instrumento de ratificação foi depositado¹⁶⁶.

A Convenção reproduz a maior parte das declarações de direitos constantes no Pacto Internacional de Direitos Civis de 1966, e com relação à tortura, faz dela menção o seu artigo 5º, que trata do Direito à integridade física, dizendo que:

1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
1. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.
3. A pena não pode passar da pessoa do delinqüente.
4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e devem ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.
5. os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.
6. As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

¹⁶⁵ O Brasil aderiu à Convenção através do ato de 25 de setembro de 1992, ressalvando no entanto, segundo Comparato (Ob. cit. p. 332), a cláusula facultativa do art. 45, 1º, referente à competência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para examinar queixas apresentadas por outros Estados sobre o não-cumprimento das obrigações impostas pela Convenção, bem como a cláusula facultativa do art. 62, 1º, sobre a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A Convenção foi promulgada no Brasil pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro do mesmo ano. Por Decreto Legislativo de novembro de 1998, o Congresso Nacional autorizou o Poder Executivo a aderir à cláusula de jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

¹⁶⁶ SCHREIBER, Simone. In "Seminário Nacional sobre a eficácia da lei de tortura", expositora do painel "Mecanismos de Punição e Prevenção da Tortura". Disponível em < <http://www.dhnet.org.br/denunciar/tortura/textos/simone.html> >. Acesso em 29 nov. 2002.

Outros textos internacionais que abordam a Tortura, proibindo-a, são o da *Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes*, adotado pela resolução 39/46 da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10.12.1984, que entrou em vigor em 26.07.1987, da qual o Brasil é também signatário, através do Decreto Legislativo nº 4, de 23 de maio de 1989, promulgado pelo Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991; e o da *Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura*, adotada no XV período ordinário de sessões da Assembléia Geral da OEA, na Colômbia, em 09.12.1985, igualmente ratificada pelo Brasil em 20.07.1989.

O texto da Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura revela-se importantíssimo para o nosso propósito, pois é nele que vamos encontrar, no seu artigo 2º, uma definição minuciosa da tortura, assim:

qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores o sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.

Cumpre salientar a mesma Convenção, no seu art. 3º estipula que somente os funcionários públicos ou pessoas que ajam por instigação de funcionários, podem ser responsáveis pelo delito de tortura. Estabelece ainda que “o fato de haver agido por ordens superiores não eximirá a responsabilidade penal correspondente” (art. 4º). Impõe a seguir, aos Estados signatários, o dever de tomar medidas efetivas a fim de prevenir e punir a tortura no âmbito de sua jurisdição e de criminalizar a prática de tortura. Este destaque é importante, porque, como veremos posteriormente, o Brasil, ao tipificar o crime de Tortura, através da Lei 9.455/97, incluiu como tal a

incidência do crime por conduta praticada por pessoa sem gozar do status de funcionário público.

Quanto ao texto da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes, de não menos importância, adotou as seguintes deliberações:

1. impõe aos Estados signatários o dever de tomarem medidas eficazes de caráter legislativo, administrativo ou judicial, a fim de impedir a prática de atos de tortura (art. 2º);
2. Prevê o dever dos Estados de criminalizar a tortura (art. 4º), o que só veio a ser cumprido pelo Brasil no ano de 1997, com a promulgação da Lei 9.455, de 07 de abril de 1997.
3. Estabelece normas referentes à extraterritorialidade, tais como: vedação de conceder extradição, expulsão ou devolução de pessoa a outro Estado, quando houver razões para crer que ali será tal pessoa submetida à tortura (art. 3º); dever de punir pessoa que tenha cometido tortura, quando não conceder extradição (art. 5º, 2); possibilidade de extradição com apoio na Convenção, ainda que entre os Estados envolvidos não haja tratado de extradição (art. 8º, 2); cooperação internacional para o fornecimento de elementos de provas necessárias à apuração de crimes de tortura (art. 9º);
4. Fixa jurisdição dos Estados partes para processar crime de tortura (art. 5º);
5. Estabelece a obrigação de deter o suspeito de crime de tortura, assegurando-lhe processo justo (art. 6º e 7º);
6. Fixa o dever de ministrar ensino e informação sobre a proibição da tortura às pessoas envolvidas com custódia e interrogatório de presos (art. 10);
7. Estatui o dever de manter permanente exame e fiscalização das “normas, instruções, métodos e práticas de interrogatório, bem como as disposições sobre custódia e o tratamento das pessoas submetidas à prisão” com vistas de evitar a prática de tortura (art. 11);
8. Concede o direito das pessoas vítimas de tortura de apresentar queixa às autoridades competentes no Estado, direito à proteção dos queixosos, direito à indenização das vítimas de tortura (arts. 13 e 14);
9. Institui a invalidação da prova colhida através da tortura;

10. Prevê a criação de um Comitê contra a tortura, formado por dez membros de elevada reputação moral e reconhecida competência na área de direitos humanos), atribuindo-lhe a incumbência de receber relatórios dos Estados partes sobre as medidas por ele adotadas para cumprimento das obrigações assumidas (art. 19) e de receber e examinar comunicações feitas por outros Estados partes (art. 21) e por pessoas (art. 22), de violações dos direitos assegurados na Convenção

11. Fixa os seguintes princípios de norteammento as investigações: notificação prévia do Estado parte interessado; aquiescência do Estado para investigação in loco; obtenção de cooperação do Estado parte interessado; tentativa de chegar-se a uma solução amistosa, quando o conflito envolver dois Estados partes; exigência de esgotamento dos recursos internos disponíveis, com a ressalva de não aplicação dessa regra *“quando a aplicação dos mencionados recursos se prolongar injustificadamente ou quando não for provável que a aplicação de tais recursos venha a melhorar realmente a situação da pessoa que seja vítima de violação da presente Convenção”* (art. 21, 1, c).

No que diz respeito aos documentos constitucionais de outros países, segundo Goulart¹⁶⁷, "a proibição da tortura é uma reprodução do art. V da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 [...] em outros, a vedação está descrita de outro modo, mas igualmente se proíbe o emprego de tormentos e de penas cruéis". Ainda segundo a mesma autora, a tortura está expressamente proibida nas Constituições dos seguintes países: Cabo Verde (art. 31, 3); Costa Rica (art. 40); Ecuador (Título II, seção I, artigo 19, I); Espanha (Seção 1, art. 15); Filipinas (art. III, Seção 12, 1 e 2); Irã (Capítulo 3º, art. 38); Japão (art. 36); Mexico (art. 22-4); Nicarágua (Título IV, Capítulo I, art. 36); Paraguai (Capítulo V, art. 65); Portugal (art. 25, item 2); Suécia (Capítulo II, art. 5º) e Suriname (Capítulo V, art. 9).

A mesma Goulart¹⁶⁸ nos dá conta de que na Itália a Constituição não proíbe textualmente o emprego de tortura na investigação, mas assegura o direito à liberdade e a punição de toda violência física ou moral contra as

¹⁶⁷ GOULART, Valeria Diez Scarance Fernandes. Ob. cit. pp. 32-33

¹⁶⁸ Idem, Ibidem, pp. 34-35.

peçoas, inclusive aquelas submetidas a restrições de liberdade (art. 13), e ainda, prevê "que as penas não podem comportar tratamentos contrários ao bom senso de humanidade, devendo visar a reeducação do condenado (art. 27) ".

Esclarece ainda que "em muitas Constituições, prevê-se a impossibilidade do emprego de tortura, de forma que esta proibição - de cunho material - é praticamente pacífica. Em contrapartida, sob o aspecto processual, não há unanimidade".

Nos Estados Unidos, a emenda IV prevê a inviolabilidade das pessoas, casas, papeis e haveres contra buscas arbitrárias. A Emenda V estabelece que nenhuma pessoa pode ser obrigada, em qualquer processo criminal, a servir de testemunha contra si mesma, nem ser privada da vida, liberdade ou seus bens sem o devido processo legal, e a Emenda XIII proíbe a escravidão e trabalhos forçados, salvo como punição de um crime.

2.6 O TRATAMENTO ATRIBUÍDO À TORTURA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS ANTERIORES A 1988

De início é preciso que se destaque a distinção existente entre Carta Constitucional e Constituição. A distinção fundamental, entre outras, está no fato de que a Constituição é promulgada, enquanto que a Carta Constitucional é outorgada. A primeira origina-se do Poder Legislativo, que representa o povo, enquanto a segunda, origina-se do Poder Executivo (representa, portanto, a vontade unilateral).

Assim, tivemos no Brasil, rigorosamente, até hoje, três Cartas Constitucionais e cinco Constituições: A Carta Constitucional de 23.03.1824, outorgada por D. Pedro; a Constituição de 17 de julho de 1891, primeira Constituição Republicana; a Constituição de 17.07.1934, imposta e resultante da Revolução Constitucionalista de 1932; a Carta Constitucional de 17.11.1937, outorgada por Getúlio Vargas; a Constituição de 18.09.1946,

seguindo-se a de 24.01.1967, a Carta Constitucional de 17.10.1969 e, finalmente, a atual Constituição de 1998.

Sobre a Tortura, no sentido de proibi-la explicitamente, apenas a Carta Constitucional de 1824 e a Constituição de 1988 fizeram referencia nesse sentido.

A Carta Constitucional de 1824, como já vimos, tratou do assunto no inc. XIX do art. 179, inserido no Título 8º, que trata "Das Disposições Gerais e Garantias dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros", que teve a seguinte redação: "Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis".

A Constituição de 1891, na secção dedicada à Declaração de Direitos, nos §§ 20 e 21 do art. 72, cuidou de abolir a pena de galés e a pena de morte.

A Constituição de 1934, no Capítulo dedicado aos Direitos e Garantias Individuais, limitou-se, no número 29 do art. 113, a proscrever as penas de banimento, morte, sendo que com relação a esta última, admitiu-a nos casos de crime militar em tempo de guerra.

A Carta Constitucional de 1937, no seu art. 37 nº 13, inserido no título que cuida dos Direitos e Garantias Individuais, vedou as penas corporais perpétuas e ampliou a pena de morte para além do crimes militares em tempo de guerra, estabelecendo-a também para os seguintes tipos penais que descreve em seis alíneas:

- a) tentar submeter o território da Nação ou parte dele à soberania de Estado estrangeiro;
- b) tentar, com o auxilio ou subsidio de Estado estrangeiro ou organização de carácter internacional, contra a unidade da Nação, procurando desmembrar o território sujeito à sua soberania;

- c) tentar por meio de movimento armado o desmembramento do território nacional, desde que para reprimi-lo se torne necessário proceder a operação de guerra;
- d) tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, a mudança da ordem política ou social estabelecida na Constituição;
- e) tentar subverter por meios violentos a ordem política e social, com o fim de apoderar-se do Estado para o estabelecimento da ditadura de uma classe social;
- f) o homicídio cometido por motivo fútil e com excesso de perversidade.

A Constituição de 1946, no seu § 31 do art. 141, inserido no Título que trata da Dos Direitos e Garantias Individuais, extingue as penas de morte, banimento, de confisco e de caráter perpétuo, ressaltando, quanto a pena de morte, os casos de crime militar em tempo de guerra com país estrangeiro.

A Constituição de 1967, cujas características básicas foram assimiladas da Constituição de 1937¹⁶⁹, no seu § 11 do art. 150, inserido no Capítulo que trata dos Direitos e Garantias Individuais, manteve a exclusão das penas de morte, prisão perpétua, banimento e confisco, excepcionando a primeira nos casos de crimes militares em tempo de guerra externa.

Ainda com relação a Constituição de 1967, vale destacar a criação do Estado de Sítio, regulado pelos artigos 152 a 156, que atribuiu ao Presidente da República o poder de decretá-lo, nas hipóteses de "I - grave perturbação da ordem ou ameaça de sua irrupção e "II - guerra" (art. 152) , sendo que, na sua vigência poderia ser determinada a "supressão das garantias constitucionais".

Destacamos a criação do Estado de Sítio porque é dele que utilizará o famigerado Ato Institucional nº 5, de 13.12.1968, em cuja vigência, até o dia 31 de dezembro de 1978, jogou o Brasil no mais longo período ditatorial da sua história e fez da sociedade brasileira, durante dez anos, uma sociedade sem

¹⁶⁹ SILVA, José Afonso da. Ob. cit. p. 89.

direito a "habeas corpus" em casos de "crimes contra a segurança nacional" (qualquer ação poderia ser interpretada como sendo contra a segurança nacional) , sem garantia constitucional e que deu à tortura a condição de política de Estado.

O Ato Institucional nº 5 havia rompido com a ordem constitucional, ao qual se seguiu mais uma dezena e muitos atos complementares e decretos-leis, até que Costa e Silva, então Presidente, doente, ficou impossibilitado de continuar governando através do Ato Institucional nº 12, de 31.12.1969, que atribuiu o exercício do Poder Executivo aos três ministros militares, que completaram o preparo do novo "texto constitucional", afinal promulgado em 17.10.1969, como a Emenda Constitucional nº 1, que entrou em vigor em 30.10.1969 que, teórica e tecnicamente, como adverte Silva¹⁷⁰, "não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A Emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente novo".

Tal texto "constitucional", no Capítulo dedicado aos Direitos e Garantias Individuais, não faz menção à tortura, e no § 11 ao art. 153, dispõe que

não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento ou confisco, salvo no caso de guerra externa, psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva, nos termos que a lei determinar. Esta disporá, também, sobre o procedimento de bens por danos causados ao erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício do cargo, função ou emprego na Administração Pública, direta ou indireta.

Durante os vinte e um anos de duração do regime militar, sucederam-se períodos de maior ou menor irracionalidade no trato das questões políticas. Foram duas décadas de avanços e recuos, ou, como se dizia na época, de "aberturas" e "endurecimentos". De 1964 a 1967 o presidente Castello Branco procurou exercer uma ditadura temporária. De 1967

¹⁷⁰ SILVA, José Afonso da. Ob. cit. p. 89.

a 1968 o marechal Costa e Silva tentou governar dentro de um sistema constitucional, e de 1968 a 1974 o país esteve sob um regime escancaradamente ditatorial. De 1974 a 1979, debaixo da mesma ditadura, dela começou-se a sair. Em todas essas fases o melhor termômetro da situação do país foi a medida da prática da tortura pelo Estado. Como no primeiro dia da Criação, quanto se tratava de separar a luz das trevas, podia-se aferir a profundidade da ditadura pela sistemática com que se torturavam os dissidentes.

Com essas palavras, Elio Gaspari praticamente inicia o seu recentíssimo livro, jocosamente intitulado "A Ditadura Envergonhada"¹⁷¹. Com as mesmas palavras encerramos, em parte, nossa abordagem histórico-dogmática da tortura no plano constitucional brasileiro. Em parte porque, ainda nessa perspectiva, resta-nos verificar como ela encontra-se normativamente disciplinada no ordenamento jurídico nacional a partir da Constituição de 1988, que em tudo, ou quase tudo, difere dos anteriores.

2.6.1 - A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O TRATAMENTO DISPENSADO À TORTURA

O tratamento dispensado à tortura, ou melhor, ao direito de não ser submetido à tortura pela Constituição de 1988 é explícito e contundente, inclusive no sentido de reconhecê-lo como direito fundamental, não sendo por outro motivo que dele se faz menção logo no inc. III do seu art. 5º, que nos seus 77 incisos trata de disciplinar Os Direitos e Garantias Fundamentais Individuais e Coletivos. Eis o texto:

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante

Não seria o caso de traçarmos estudo aprofundado sobre como foi gestada a Constituição em tela, nem sobre a origem e desenvolvimento do que sejam os denominados direitos fundamentais, do qual, aliás, já tratamos de

¹⁷¹ GASPARI, Elio. **A Ditadura Envergonhada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 129.

alguma forma ao longo deste capítulo, ao diferenciarmos dos correlatos termos "direitos do homem" e "direitos humanos", e ainda com a referencia feita a Hugo Grotius, a quem, segundo Gilissen¹⁷², se concede o status de "pai do direito natural".

Para o que nos interessa nesta oportunidade, basta que acrescentemos àquela diferenciação, a relevante e conseqüente distinção quanto ao grau de efetiva aplicação e proteção das normas que consagram os direitos fundamentais (direito interno) e dos direitos humanos (direito internacional), destacando o fato, lembrado por Sarlet¹⁷³, de que os primeiros - ao menos em regra - atingem (ou, pelo menos, estão em melhores condições para isto) o maior grau de efetivação, especialmente em face da existência de instancias administrativa e judiciária, dotadas do poder de fazer respeitar e realizar estes direitos, enquanto que a eficácia (social e jurídica) dos direitos humanos, que não integram o rol dos direitos fundamentais de determinado Estado depende, em regra, nas palavras textuais do mesmo autor,

da sua recepção na ordem jurídica interna e, além disso, do *status* jurídico que esta lhes atribui, visto que, do contrário, lhes falta a necessária cogência. Assim, a efetivação dos direitos humanos encontra-se, ainda e principalmente, na dependência da boa vontade e da cooperação dos Estados individualmente considerados, salientando-se, neste particular, uma evolução progressiva na eficácia dos mecanismos jurídicos internacionais de controle.

Mas não foi só através do aludido dispositivo que a atual Constituição cuidou do direito de não submissão à tortura. Tratou-o ainda, de forma especialíssima, embora indiretamente, no primeiro artigo da Carta¹⁷⁴, ao consagrar como um dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico o valor da dignidade da pessoa humana, do qual aquele é, inegavelmente, corolário; voltando a fazê-lo de forma expressa, já agora no sentido de garantir-lhe a eficácia, no inc. XLIII do art. 5º, ao determinar que a figura típica do crime

¹⁷² GILISSEN, John. Ob. cit. p. 365.

¹⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang, **Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.34.

¹⁷⁴ "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana. "

de tortura, até então inexistente e a ser criada, seria inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, tal qual os crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Eis o texto:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Vale ainda salientar, porque tem reflexo direto sobre a questão, o fato da Constituição, no inc. LVI do seu art. 5º, ter erigido ao plano constitucional a inadmissibilidade, no processo, seja administrativo ou judicial, das provas obtidas por meios ilícitos, com o que fincou um princípio processual constitucional, na medida em que, pouco importam as circunstâncias, nunca uma prova conseguida através de tortura ou de qualquer meio ilícito, poderá servir de supedâneo para a formação de juízo de condenação no processo penal, posição aliás, que se coaduna com a adotada pela Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, da OEA, que no seu artigo 10 estabelece que:

Nenhuma declaração que se comprove haver sido obtida mediante tortura poderá ser admitida como prova em processo, salvo em processo instaurado contra a pessoa ou pessoas acusadas de havê-la obtido mediante atos de tortura e unicamente como prova de que o acusado obteve tal declaração.

Não obstante a explícita determinação constitucional no sentido da criação do tipo penal do crime de tortura, denotando uma certa complacência para com essa prática, a ação da tortura só veio a ser tipificada como crime nove anos depois de promulgada a constituição, nos termos da Lei 9.455, de 07 de abril de 1997, conhecida como a "Lei de Tortura", de modo que, à mingua de um tipo penal, o comando constitucional havia-se tornado írrito, não obstante a prática reiterada e indiscriminada da prática da tortura pelo país, sobretudo na atuação policial, seja militar, seja judiciária.

Na realidade nem se poderia falar, rigorosamente, ao menos no plano dogmático-jurídico, que antes da edição da lei 9.455/97 existissem ações a que pudéssemos fazer referência como sendo tortura enquanto crime, haja vista a garantia secular, consagrada na própria constituição, no sentido da inexistência de crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, como se verifica no disposto no inc. XXXIX do seu art. 5º, de modo que, ao longo dos nove anos de vazio da Lei, as ações que posteriormente vieram a se configurar como crimes de tortura eram forçosamente enquadradas como crimes punidos com penas notadamente brandas, a exemplo de lesões corporais leves, ou mesmo graves.

2.7 A LEI 9.455/97, NOSSA "LEI DE TORTURA": ACERTOS E DESACERTOS

A lei veio com muito atraso, de nove anos, o que denota, no mínimo, que o problema não sensibilizou o legislador, pelo menos a ponto de vê-lo colocado na agenda de prioridades do Congresso Nacional. Enquanto isso, usando do jargão policial, "o couro comia solto"; mas isso é assunto sobre o qual voltaremos a tratar com alguma profundidade em capítulo posterior, precisamente quando da análise dos dados da pesquisa empírica sobre a tortura.

A Lei não só veio com atraso, mas veio, como veremos, ruim, cheia de defeitos e exageros; máculas que talvez se justifiquem pela pressa com que foi tocada no Congresso, em razão de episódios reiterados da prática de tortura no meio policial, notadamente militar, muitos dos quais com repercussão nacional e internacional, a exemplo dos casos que ficaram conhecidos como "caso da Candelária", havido em 23 de julho de 1993, "da Favela de Vigário Geral", havido em 31 de agosto de 1993, ambos no Rio de Janeiro, e o "da Favela Naval", em Diadema, São Paulo, havido em março de 1997, o que, em verdade, não eram fatos isolados; cumprindo notar que todos eles são posteriores à Convenção contra a Tortura ou Penas Cruéis, Desumanas e Degradantes, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em

10.12.1984, e da qual o Brasil, como já vimos, é signatário desde 1991, através do Decreto Legislativo nº 4, de 23 de maio de 1989, promulgado pelo Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991.

Segundo Alberto Silva Fanco¹⁷⁵, em razão desses episódios

apressou-se, sem maiores discussões, um dos projetos de lei sobre a tortura que dormia, a sono solto, no Senado da República (há notícia de vários projetos de iniciativa de congressistas e de um projeto de iniciativa do Executivo, datado do ano de 1994) e, com rapidíssimas votações, foi transformado na Lei 9.455, de 07 de abril de 1997.

Ainda segundo o mesmo Autor¹⁷⁶, "o Brasil foi, sem dúvida, um dos últimos países do mundo ocidental a incluir, em sua tipologia penal, o delito de tortura".

Em que pese a sua má qualidade técnica, a Lei tem, inegavelmente, uma grande virtude, que é a de proporcionar, finalmente, pelo simples fato da sua existência, um mecanismo jurídico adequado e específico para punir-se a tortura, que desde a Constituição de 1988 já era concebida como mazela das mais graves dentro da tipologia penal, a ponto de fazer com que o legislador constitucional, através do inc. XLIII do art. 5º, invadindo a área de atuação normalmente reservada ao legislador ordinário, especificasse, com relação a tortura, os destinatários da norma penal a ser criada, a espécie de cominação de pena, a exclusão de uma ou mais causas de extinção de punibilidade e a supressão de alguns direitos processuais, como denota pela redação

Antes de procedermos às anunciadas críticas sobre o texto da "Lei de tortura", como é conhecida, vale destacar, por interessante, a seguinte

¹⁷⁵ FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial**. 7.ed., rev. atual. e ampl. 2.tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 3098.

¹⁷⁶ Idem, Ibidem, p. 3099.

observação feita por Goulart¹⁷⁷, no sentido de que a prova da tortura, ou do crime de tortura,

terá influencia em dois processos distintos: aquele instaurado contra o torturador e aquele instaurado contra o torturado, obrigando à confissão ou à prática de ato não previsto em lei em razão dos tormentos. Assim, de um lado, serve de lastro para a condenação do torturador e de outro, para a absolvição do torturado. Nesse ponto reside o caráter dúplice da prova da tortura, que poderá constituir prova da acusação ou da defesa, conforme o tipo de processo.

Essa maneira perspicaz de enxergar a coisa, traz à tona uma faceta que na maioria das vezes é pouco notada e refletida sobre uma das conseqüências da verificação, comprovação e penalização da conduta do torturador, nos termos da lei. Trata-se do fato de que eventualmente ela possa servir para a inexorável absolvição do acusado sobre o qual se infligiu a ação de tortura para obtenção do confesso, ainda que se trate do mais repulsivo dos delinqüentes e se esteja diante do mais hediondo dos crimes, em razão deste ostentar, a despeito de tudo isso, o status constitucional de dignidade, por conta do qual deverá ser necessariamente absolvido perante a justiça penal, se a prova dos fatos sobre a ação delituosa que perpetrou, ainda que eficazes sobre o ponto de vista da demonstração da veracidade da mesma, ocorreu pela via inadequada e viciosa da tortura. Esse é, seguramente, o lado da moeda que para grande parte da sociedade é incompreensível e, por conta disso, por assim dizer, difícil de deglutir.

Mas! voltemos à "Lei de Tortura", que é ainda o foco de nossa análise e sobre a qual estamos devendo uma análise crítica.

A Lei é composta de apenas quatro artigos, dos quais, apenas o primeiro trata da tipologia do crime de tortura. Sendo, destarte, pequeno o seu tamanho, vale a pena transcrevê-la naquilo que interessa às nossas

177

GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. Ob. Cit. p. 51.

considerações, ou seja, o primeiro artigo, para que possamos analisar-lhe conteúdo sem perder a vista do texto.

LEI 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997

Art. 1º Constitui crime de tortura:

I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

- a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão;
- b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;
- c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II - submeter alguém sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo;

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

§ 1º. Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou suspeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

§ 2º. Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos.

§3º Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos; se resulta morte, a reclusão é de oito a dezesseis anos.

§4º Aumenta-se a pena de um sexto até um terço:

- I - se o crime é cometido por agente público;
- II - se o crime é cometido contra criança, gestante, deficiente e adolescente;
- III - se o crime é cometido mediante seqüestro.

§ 5º A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada.

§6º O crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

§2º O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.

A primeira coisa que se ressalta da leitura do texto, e talvez seja este o maior defeito da lei, é que fugindo completamente à disciplina das Convenções internacionais sobre a matéria, das quais o Brasil é signatário, ela não montou o tipo da tortura como crime exclusivamente especial ou próprio, mas sim como crime comum¹⁷⁸. Isto significa que o bem jurídico tutelado pela tipologia construída pela lei tem caráter bifronte, na medida em que não tutela apenas as garantias constitucionais básicas do cidadão contra os agravos realizados por funcionários públicos, mas também no que tange aos abusos praticados por qualquer pessoa. Em outros termos, admitiu a possibilidade de autoria do crime por qualquer pessoa, seja ou não agente público.

Com efeito, a Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura, de 05.02.1985, como já vimos, ao definir "tortura", além de referir-se à prática de "qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais são infligidos intencionalmente a uma pessoa", deixou claramente consignado que "tais dores e sofrimentos são infligidos por *funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com seu consentimento ou aquiescência*".

A mesma Convenção, no seu artigo 3º, como também já salientamos, estipula que somente os funcionários públicos ou pessoas que ajam por instigação de funcionários, podem ser responsáveis pelo delito de tortura.

¹⁷⁸ Crimes comuns, na classificação dos tipos penais, são os que podem ser praticados por qualquer pessoa, não se exigindo nenhuma qualidade específica à pessoa do agente ou sujeito ativo, a exemplo do furto, roubo, homicídio etc. Os crimes próprios são aqueles que exigem uma condição do sujeito ativo, condição que pode ser de origem jurídica (funcionário público); profissional (médico, comerciante etc); de parentesco (pai, mãe, filho etc.) ou natural (gestante, homem etc). Os crimes especiais são aqueles que figuram no Direito Penal Especial, ou seja, na legislação penal especial, como por exemplo Código Eleitoral, Código Penal Militar etc. Nesse sentido o entendimento da doutrina é jurisprudência especializada é unânime, a exemplo de BARROS, Flávio Augusto Monteiro. **Direito Penal**: parte geral volume 1. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 87, que ao tratar da classificação dos crimes e da questão em tela ensina o seguinte: "Segundo a sua execução pelo possível agente, os delitos podem ser comuns, próprios e de mão própria. Crimes comuns são os que podem ser executados por qualquer pessoa. A lei não exige nenhum requisito especial para que alguém possa ser autor. [...] Nos crimes próprios ou especiais o tipo exige que o autor apresente uma qualidade diferenciada. Assim, infanticídio, a autora deve ser parturiente; no estupro, o autor deve ser homem; no peculato, deve ser funcionário público; nos omissivos impróprios, deve ter o dever jurídico específico de impedir o resultado."

Cuidando-se de tratado internacional que versam sobre direitos humanos, do qual é o Brasil signatário, as normas nele estabelecidas, a teor do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição de 1988, têm *status* de normas constitucionais, não podendo, destarte, serem postergados.

Nesse sentido, vele trazer a lume o seguinte entendimento de Antônio Augusto Cansado Trindade, citado por Flávia Piovesan¹⁷⁹

se para os tratados internacionais em geral se tem a intermediação do Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar às suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais neles garantidos, consoante os arts. 5º (2) e 5º (1) da Constituição brasileira passam a integrar os direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno".

A partir dessa interpretação, aduz Franco¹⁸⁰

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. É evidente que tal conceito não dispensa, por respeito ao princípio da reserva legal também de nível constitucional, da intermediação do legislador infraconstitucional para efeito de sua configuração típica. Mas esse legislador não poderá, sem lesionar norma de caráter constitucional, construir um tipo de tortura que não leve em conta o conceito já aprovado em convenções internacionais.

E conclui, este mesmo autor, pela inconstitucionalidade da Lei 9.455/97, com as seguintes palavras¹⁸¹:

¹⁷⁹ PIOVESAN, Flávia, **Direitos Humanos e o Direito Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 103-104.

¹⁸⁰ Ob. cit. p. 3101.

¹⁸¹ Idem, ibidem p. 3101.

Assim, lei ordinária que desfigure a tortura de forma a torná-la um delito comum e não próprio, está eivado de manifesta inconstitucionalidade, tal como ocorreria se o legislador ordinário entendesse que o delito de racismo comportaria a pena detentiva ou de multa ou que a ação de grupos armados, civis ou militares, contra o ordem constitucional e o Estado Democrático, constituiria fato criminoso prescritível ou, ainda, que os delitos hediondos e outros a eles assemelhados seriam suscetíveis de graça ou anistia ¹⁸²

O entendimento de que o crime de tortura deveria ser acolhido como crime próprio constitui posição predominante na doutrina, a exemplo de Manuel de Rivacoba ¹⁸³, lembrado por Franco ¹⁸⁴, bem assim T.S. Vives Antón et alii (in *Derecho Penal-Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 113, 1990) e Francisco Muñoz Conde (in *Derecho Penal-Parte Especial*, 8ª ed. Valencia, Tirant lo Boanch, p. 667, 1991), ou ainda Francisco de Assis Toledo (in "Sobre o crime de tortura na recente Lei 9.455/97", *Justiça Penal*, São Paulo, Ed.RT, vol 5º, p. 13-14, 1997), Rui Stoco (in "A tortura com figura típica autônoma", *Enfoque Jurídico*, TRF, da 1ª Região, março-abril de 1997), para quem "a opção da lei em estabelecer a tortura como crime comum, por alargar seu espectro de abrangência, ocasionará sérios problemas no que pertine ao conflito de normas" e, por fim, Sérgio Salomão Shecaira (in "Algumas notas sobre a nova Lei de Tortura", *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 54, p. 2), com as seguintes considerações:

Melhor seria, ainda, para a deliberação do objeto e alcance da lei, que o crime de tortura viesse classificado como crime próprio - aquele que pode ser cometido por determinada categoria de pessoas - e não como crime comum, cujo autor pode ser qualquer pessoa. É

¹⁸² A referencia feita a essas possibilidades dizem respeito ao fato de que a Constituição, nos seus incisos XLII, XLIII e XLIV, todos do art. 5º, prescreveu que prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, igualmente à ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático e que os crimes hediondos são insuscetíveis de graça o indulto.

¹⁸³ RIVACOBÁ, Manoel de. **Crisis y pervivencia de la tortura**: estudios penales, libro homenaje ao professor J. Antón Oneca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, p. 802, nos seguintes termos: "en el dolo o sufrimiento físico, infligido por funcionario público e por orden o instigación de él, para obtener así, contra o sin la voluntad del atormentado, la confesión del delito que se persigue o de otros que haya perpetrado, o la declaración de quienes delinquieron con él, o bien para purgar la infamia inherente al delito."

¹⁸⁴ FRANCO, Alberto Silva. STOCO, Rui. Ob. cit. p. 3101.

que, neste contexto, inúmeras dúvidas poderão surgir, "dada a abrangência da definição".

Diante de todas essas considerações, como dissemos, e agora com as palavras de Franco¹⁸⁵,

não se pode fugir à conclusão de que a Lei 9.455/97, ao conceituar a tortura como crime comum, isto é, exeqüível por qualquer pessoa, além de lesionar, de modo flagrante, norma constitucional que tem embasamento em tratados internacionais [...] está na contramão da doutrina atual sobre a matéria.

Associado a isso, destacamos o fato de que nas legislações internacionais, como a da Espanha e de Portugal, o crime foi acolhido na modalidade de crime próprio, restringindo-se a possibilidade de sua autoria aos agentes do Estado.

Outra crítica que se pode fazer à lei, agora mais técnica, diz respeito às modalidades de tortura que prevê. Trata-se daquelas que exigem do agente as ações de "constranger" e "submeter", que ficam na dependência, para configuração da sua categorização típica integral, de uma valoração judicial de espectro muito largo, na medida em que exigem a clarificação dos limites conceituais do "sofrimento físico" ou do "sofrimento psicológico" da vítima, o que não é tarefa factível ou, se o for, de difícilíssima concreção, o que certamente gerará por parte do julgador até por imposição de princípio legal do "in dubio pro reo", o afastamento da figura típica e conseqüente absolvição do eventual torturador acusado.

Abordando sobre essa dificuldade Franco¹⁸⁶ enriquece a crítica com as seguintes colocações: "ainda que se admita, para argumentar, que é possível, através de perícia médico-legal, detectar o sofrimento físico de alguém, não se pode ignorar que vários sofrimentos físicos podem ser infligidos sem que deles decorram vestígios" e ainda mais essa: "o sofrimento mental de

¹⁸⁵ FRANCO, Alberto Silva. Ob. cit. p. 3103.

¹⁸⁶ Idem, ibidem, p. 3105.

uma pessoa constitui um conceito extremamente poroso, que, por isso, flutua no ar, sem nenhum ponto de engate na realidade" e, por fim, essa última: "o sofrimento mental, dimensionado em termos não concretos, mostra-se de extrema variabilidade, podendo ser diverso conforme a maior ou menor sensibilidade ou capacidade reativa de cada pessoa".

Problema ainda maior surge quando pomos os olhos na categoria da tortura prevista no § 1º do art. 1º, que exige não apenas a configuração do sofrimento, mas que este seja "intenso". Com que régua poderia o julgador medir a intensidade desse sofrimento?

Outro aspecto digno de crítica diz respeito a alargada margem punitiva entre o mínimo (de dois anos) e o máximo (de oito anos) da pena cominada para as duas formas básicas de tortura, consistente nas ações de constrangimento e submissão, já que o máximo da pena constitui o quádruplo do mínimo legal. Nesse sentido as seguintes colocações procedentes de Franco¹⁸⁷

os marcos excessivamente amplos convertem em verdade o juiz em legislador. Na medida em que este se omite de sua missão de determinar, com adequação razoável um mínimo e um máximo de pena, em função do desvalor do fato, e estabelece, por comodismo ou irresponsabilidade, balizas punitivas largas dentro das quais autoriza a atuação do juiz, a segurança de cada cidadão estará em jogo, pois, em vez do desejável e discreto arbítrio judicial, instaura-se o regime da arbitrariedade do juiz, em que um quadro de inúmeras opções despropositadas encontra forma de expressão.

Ainda no pertinente ao excesso de penalização, destaca-se o fato de que a lei, nos termos da previsão contida no § 5º do art. 1º, voltou a contemplar o que já estava sepultado pela reforma penal de 1984, que é a interdição do condenado para o exercício de cargo, função ou emprego público como efeito acessório da sentença transitada em julgado, a qual, tratando-se consequência automática, independe de fundamentação. E mais, estabelecendo que a dita

¹⁸⁷ Ibidem, ibidem, p. 3107.

interdição terá duração do dobro do prazo da pena máxima aplicada, em tese, estabeleceu-se a possibilidade de que a mesma possa atingir 42 anos, considerando que a pena máxima de uma das modalidades do tipo de tortura que prevê (a qualificada pelo resultado morte), nos termos do § 3º do art. 1º, pode chegar a 16 anos, sobre os quais pode ainda incidir o aumento de 1/3 previsto no § 4º, quanto então teremos a pena possível pena máxima de 21 anos, que em dobro significa até mais de 42 anos de vigência da aludida interdição, o que certamente se constitui em exagero, em que pese a excessiva gravidade do tipo gerador em tela.

Além dessas críticas sobre a lei em questão, existem outras, de igual modo dignas de nota. Entretanto, o teor excessivamente técnico de tais vícios não se coaduna com o objetivo deste trabalho, razão pela qual encerramos aqui a missão crítica sobre a Lei 9.455/97, destacando o que desde o início ficou consignado: de que a lei tem o mérito do simples fato de ter sido promulgada, pois só com ela fornece-se instrumental específico e adequado para o combate deste que certamente se constitui num dos mais hediondos dos crimes, que é a tortura.

Também finalizamos neste momento a parte do trabalho que tem como objetivo analisar a tortura sob a perspectiva jurídico-dogmática, de modo que, doravante, dela voltaremos a tratar, mas com outras lentes, mais especialmente da lei social. Lei que não se prende ao que "dever ser" da dogmática, mas a realidade da vida, do "que é".

Não seria equívoco afirmarmos, pelo que vimos até aqui, que a tortura, pelo menos do ponto de vista das normas jurídicas positivadas pelo Estado, está encurralada, pronta para ser banida da sociedade. Entretanto, o que sentimos, assistimos e vivemos é que ela nunca esteve tão presente e perto de nós todos, bafejando o nosso pescoço, quase dentro das nossas casas, a ponto de tornar-se tão íntima que com ela convivemos sem nos apercebermos da sua presença e até sendo complacentes com a sua companhia.

Vejamos o que a sociedade tem a dizer sobre isso, pois foi invocando-a que o nosso Delegado interlocutor pretendeu justificar este flagelo.

CAPÍTULO 3

- A REALIDADE DA TORTURA -

SUMÁRIO: Introdução; 3.1 - Os caminhos da tortura no mundo desde o seu banimento legal; 3.2 - O Brasil e a tortura no período da ditadura militar; 3.3 - As tentativas de justificação da tortura sob a ótica do torturador; 3.4 - A realidade da tortura no âmbito da Polícia Civil nos dias atuais: diagnósticos da ONU e da "Human Rights"; 3.5 As questões ética e moral que envolvem a ação da tortura; 3.3 - A pesquisa empírica; 3.4 - Análise dos dados coletados; 3.5 - Conclusões e sugestões ; 3.6 - ;

INTRODUÇÃO

Insidiosa, a tortura permanece; e permanecendo, lembra-nos, de um lado, que todo o aparato legal arquitetado para o seu banimento, enquanto simples prescrição, não passa de idealidade, que gravita no mundo que deveria ser, ao mundo que seria bom que fosse¹⁸⁸.

De outro lado, a permanência da tortura traz-nos a constatação de que o homem por natureza bom e sociável não passa de uma ficção intelectual e necessita ser construído, tenaz e delicadamente. Por fim, estando agora na sombra e na clandestinidade, a tortura deixa patente que o seu combate torna-se muito mais enredado.

Assim, longe de ser um tema meramente teórico. Pelo contrário, de uma maneira assustadoramente concreta, a tortura permanece e, pior ainda, bem próxima de todos nós e até aceita por muitos como exequível.

Nessa parte do trabalho procuraremos demonstrar sobre os caminhos transitados pela tortura desde a sua proscrição legal até sua

¹⁸⁸ Nesse sentido, a seguinte colocação de Bobbio "Devemos nos dar conta, uma vez mais, de que o nosso sentido moral avança, posto que avance muito mais lentamente do que o poder econômico, que o poder político, que o poder tecnológico. Todas as nossas proclamações de direitos pertencem ao mundo ideal, ao mundo que deveria ser, ao mundo que seria bom que fosse. Mas olhando ao nosso redor - e os nossos cada vez mais aperfeiçoados meios de comunicação de massa com olhos de Argos - nos levam todos os dias a dar a volta ao mundo inúmeras vezes -, e vemos nossas estradas manchadas de sangue, montes de cadáveres abandonados, inteiras populações expulsas de suas casas, esfarrapadas e famintas, crianças macilentas com os olhos esbugalhados que nunca sorriram, e não conseguirão sorrir antes da morte precoce." (in BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Organizado por Michelangelo Bovero, tradução de Daniela Beccaccia Versiani, Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 677.

recalcitrante e atual presença no âmbito da polícia civil, aventar sobre algumas possíveis causas da sua permanência e eventual recrudescimento.

Trataremos também de algumas das armadilhas contidas nos argumentos dos seus prosélitos, à conta de suposta justificação.

Por fim, cuidaremos de expor a pesquisa empírica que empreendemos sobre a tortura e a análise dos dados coletados.

3.1 OS CAMINHOS DA TORTURA NO MUNDO DESDE O SEU BANIMENTO LEGAL

Formalmente extinta na maioria da Europa desde o século XIX, e no Brasil a partir da segunda década do século XX, precisamente no ano de 1821, a tortura entra neste mesmo século XX no seu apogeu extra-oficial ou clandestino. A partir da Primeira Guerra Mundial, as atrocidades contra prisioneiros políticos assumem proporções epidêmicas, escondendo os maus tratos rotineiramente dispensados aos presos comuns. Métodos antigos foram ressuscitados ou burilados em grande estilo, onde quer que imperem o poder totalitário e a repressão às oposições ditas subversivas¹⁸⁹.

As principais matrizes ou escolas da tortura contemporânea, segundo Matoso¹⁹⁰, são: a soviética, a alemã, a francesa, a americana e a inglesa. Matoso explica cada uma delas, sobre suas origens e disseminação, inclusive para o Brasil, com a seguinte síntese:

A soviética iniciou-se com os métodos físicos postos em prática pela *Tcheká* (depois GPU), até culminar no uso da psiquiatria e na quimioterapia nos hospícios -prisões sistemáticas que se estende hoje aos demais países do bloco comunista. A alemã floresceu sob o nazismo, graças à Gestapo e aos campos de concentração, onde prisioneiros eram exterminados em massa ou serviam de cobaia para

¹⁸⁹ MATTOSON, Glauco. **O Que é Tortura**. São Paulo: Nova Cultural: Brasiliense, 1986. Coleção primeiros passos; 73, p. 50.

¹⁹⁰ Idem, *ibidem*, p. 51.

"experiências científicas". O Know-how da Gestapo foi, aliás, aproveitada no Brasil por intermédio dos instrutores convidados de *Filinto Muller* para treinar os policiais do Estado Novo. Os franceses, que na ocupação penaram nas mãos da Gestapo, aplicaram sua experiência contra os argelinos e exportaram-na para outras partes do mundo.

Quanto a americana, aduz, dando destaque:

observando a *performance* francesa na Argélia, fez o mesmo (e muito mais) no Vietnã e depois nas Américas Central e do Sul, treinando tanto a polícia civil na repressão ao crime, como os militares na "guerra" contra a subversão das "seguranças nacionais". A escola *Inglês*, por sua vez, também exportou tecnologia para o Terceiro Mundo, sob a forma de "métodos psicológicos" previamente testados nos rebeldes irlandeses: a geladeira, por exemplo, uma cabine com variações de temperatura, luz, e som, ou simplesmente sem variação de nada - o próprio prisioneiro isolado perdia as noções de tempo, calor e ruído. De resto, essa tecnologia inglesa parece ser a mesma atribuída ao KGB soviético na década de 50.

O fato é que, se fizermos uma análise da história da tortura no mundo, constataremos que: nenhum regime político pode arrogar-se de dizer que aboliu a tortura, sobretudo a clandestina; nenhum país pode atribuir-se a propriedade de qualquer método que já não tenha sido experimentado ou aperfeiçoado no passado, por algum ou outro país ou época; nenhum método pode ser considerado típico ou característico de determinado país ou povo.

Sobre esse aspecto, comentando, por exemplo, o pau-de-arara¹⁹¹, Mattoso¹⁹² faz as seguintes colocações:

a começar pelo pau-de-arara, suposta e ufanisticamente brasileiríssimo, que na verdade não integra só o nosso produto

¹⁹¹ pau roliço que, depois de ser passado entre ambos os joelhos e cotovelos flexionados, é suspenso em dois suportes, ficando o torturado de cabeça para baixo e como que de cócoras. (Dicionário Aurélio Eletrônico Século XXI, versão 3, Lexicon Informática Ltda. , correspondente à versão integral do Novo Dicionário Aurélio Século XXI, de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, publicado pela Nova Fronteira.)

¹⁹² MATTOSO, Glauco. Ob.cit. p. 53.

interno (bruto). Assim como a banana é sempre *banana* e *bossa-nova* é *bossa-nova* mesmo (com tradução: *parrot's perch, made in Brazil*). Entretanto, não é "o mais velho sistema brasileiro de tortura", nem é "criação da incipiente, porém inventiva tecnologia nacional", nem "uma invenção escravocrata aperfeiçoada pelo uso da energia elétrica", muita menos foi "inventado" pela Divisão de Crimes contra o Patrimônio da polícia paulista, com supõem ou afirmam uns e outros.

Explica a seguir, que se examinarmos as gravuras de Debret, verificaremos que o pau-de-arara foi usado para castigar escravos, e que percorrendo pelo mundo vamos encontrá-lo "nos momentos e lugares mais inusitados e nos mais óbvios", como na África do Sul, usado inclusive contra presos comuns, no Haiti, a serviço dos *tutons macoutes*, no Chile, "onde é conhecido como *la periquera*, na França, "como *passer à la broche*, em Auschwitz, "chamado de *balance* e supostamente inventado por um certo Boger, funcionário da Gestapo. Entre os russos, "que o conheciam como "tortura chinesa" etc.

Continuando, Matoso¹⁹³ promove ao que chama de "rápido périplo para colher os *souvenirs* mais pitorescos" sobre a tortura em vários países. Vejamo-lo:

Diz que "na época czarista, a União Soviética já contribuiu com o *knut*, um tipo de açoite às vezes combinado com estrapada¹⁹⁴"; Que "Turquia foi campeã da empalação¹⁹⁵, princípio já em voga entre os assírios e que, combinado com a estrapada, resultou na famosa *veglia* dos italianos"; que "hoje os turcos dividem com vários países islâmicos a prática da *falanga* ou *falaka*, isto é, bastonadas nas solas"; conta que, segundo um jornalista argelino (Henri Alleg) "os franceses usavam a eletricidade numa cadeira metálica, que não é outra coisa senão a brasileiríssima *dragon chair*"; que a mesma

¹⁹³ Ob.cit. p. 53.

¹⁹⁴ Suplício que consiste em içar a vítima do alto de uma verga e deixá-la cair diversas vezes ao mar; suplício parecido a esse, em terra, que consistia em amarrar as mãos e os pés do paciente nas costas, içando-o a um poste, de onde era precipitado até perto do chão várias vezes seguidas. (Dicionário Aurélio Eletrônico Século XXI, versão 3, Lexicon Informática Ltda. , correspondente à versão integral do Novo Dicionário Aurélio Século XXI, de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, publicado pela Nova Fronteira)

¹⁹⁵ Suplício que consistia em espetar o condenado em uma estaca, pelo ânus, deixando-o assim até morrer. (Dicionário Aurélio Eletrônico, cit.

palmatória usada para castigar escravos no Brasil, os portugueses empregaram contra os moçambicanos da Fralimo.

Continuando, aduz que "aquilo que os brasileiros conhecem como *banho chinês* e uruguaios como *submarino*, os paraguaios chamam *la pleta*,; que o que no Uruguai é *plantón* , ou seja, permanecer em pé ou em posições incômodas durante horas e até dias, é a *tortura da estátua* na Namíbia, e no campo de Ravensbruck era o ato de "posar". Explica que o método argelino que o jornalista *Jacobo Timerman* chama "procurar petróleo" , ou seja, obrigar a vítima a se curvar com o indicador no chão e fazê-la girar correndo sem desencostar o dedo, até que os rins não agüentem, é utilizado pela polícia paranaense com o nome de "caçar petróleo", e nos meios militares é um famoso trote de calouros apelidado *augustômetro*.

Quanto ao *telefone*, ação consistente em golpear simultaneamente ambos os ouvidos com as palmas das mãos abertas, é conhecido e praticado nas Filipinas e em outros lugares como "matar mosquito" e "tocar prato". Menciona ainda sobre a "tortura da roda", que entre os romanos queimava ou esmagava e foi rebatizada na Idade Moderna como uma forma de quebrar com porretes de ferro os ossos da vítima deitada e amarrada aos raios de uma roda de carroça ou similar. Finalmente, refere-se ao eu chama de "puro ato de espancar, ao qual nos referimos como amaciamento, que para os nossos vizinhos é *ablandamiento* e para os franceses *passer à tabac*", recebendo nos Estados Unidos a denominação de *técnica de terceiro grau*, em homenagem aos dois primeiros graus da tortura inquisitorial. Explica que para a polícia americana "o grau não significa prioridade, pois lá os métodos psicológicos são de *quarto grau*.

Matoso encerra o seu périplo com as seguintes palavras, com as quais também encerramos a nossa abordagem sobre a tortura, pós proscrição legal, pelo mundo :

Quanto a humanidade atingir a quinta dimensão e dominar o sexto sentido, vai pintar o sete na escala da tortura científica. O céu é o

limite, e quem viver verá. Tal como as noções metafísicas da existência de Deus e da justiça, o fenômeno tortura se caracteriza pela *universalidade* e pela *perenidade*. Se alguma coisa pudesse ser escolhida como vestígio representativo da espécie humana sem sua passagem pelo planeta, bastaria a roda e suas múltiplas aplicações - entre elas a tortura.

3.2- O BRASIL E A TORTURA NO PERÍODO DA DITADURA MILITAR

No Brasil mais recente, já esquecido por muitos e pouco sabido por outros, mais jovens, a tortura chegou com toda a sua força e virulência junto com o Ato Institucional nº 5, com o qual, segundo Gaspari¹⁹⁶, "entravamos no mais longo período ditatorial da nossa história", sendo nele, igualmente, que a tortura ganhou, de forma aberta, o seu mais duradouro reinado entre nós. Não que desde o início da quartelada, em 31 de março de 1964, ela não já tenha mostrado cara¹⁹⁷, mas a referência específica ao AI 5, de 13 de dezembro de 1968, é porque foi a partir dele que a tortura terminou sancionada pelos oficiais-generais promotores do golpe e tornou-se inseparável da ditadura ou, como explica Gaspari¹⁹⁸

¹⁹⁶ GASPARI, Elio. **A Ditadura Envergonhada**: São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 344.

¹⁹⁷ Sobre esse primeiro episódio do golpe militar, Gaspari (ob. cit. p. 131), nos conta os seguintes episódios da ditadura: "Nos primeiros nove meses do regime morreram mais treze pessoas, número indiscutivelmente baixo na estatísticas do golpismo latino-americano, porém médio para as quarteladas nacionais. Nove teriam se suicidado, quatro pulado de janelas. Um deles, o ferroviário José de Souza, depois de três dias de cativeiro no edifício da Polícia Central do Rio de Janeiro, voou do terceiro andar, caindo no pátio interno, no dia 17 de abril de 1964. Esse pátio atraía suicidas desde 1936, quando a polícia informou que o advogado comunista Victor Allan Barron e o assassino de um dos policiais que prenderam Luiz Carlos Prestes percorreram a mesma trajetória. No dia 2 de abril, no Recife, o dirigente comunista Gregório Bezerra foi amarrado seminua à traseira de jipe e puxado pelos bairros populares de da cidade. No fim da viagem, foi espancado por um oficial do Exército, como uma barra de ferro, em praça pública. Machucado e sentado no chão do pátio do quartel da Companhia de Motomecanização, no bairro da Casa Forte, Gregório Bezerra foi visto na noite de 2 de abril pelos espectadores da TV Jornal do Commercio, que filmara. Episódios semelhantes repetiram-se em algumas cidades dopais. Eram parte do jogo bruto provocado pela radicalização dos últimos anos. O medo entrara na transação da política." E mais o seguintes: "Afora os sete mortos do dia 1º de abril, morreram mais treze pessoas ao longo de 1964. Além de José de Souza, no dia 8 de abril, em consequência de uma "queda", morreu Aristogildo Pascoal Vianna, tesoureiro da Federação Nacional dos Estivadores. No dia 13, segundo o I Exército, o sargento Edu Barreto Leite pulou do oitavo andar do prédio onde morava, quando se viu na iminência de ser preso. Denúncias no Correio da Manhã de 27 de setembro de 1964 dão conta de que ele teria sido jogado da janela de um prédio da Polícia do Exército. Dois teriam se matado enquanto resistiam à prisão. Em maio, segundo a polícia, o comerciante Carlos Schirmer deu-se um tiro na cabeça depois de ferir um soldado da escolta que fora prendê-lo, em São Leopoldo (RS), no dia 14 de abril. Dois outros suicidas teriam se envenenado: Albertino de Oliveira, presidente da Liga Camponesa de Vitória do Santo Antão, em abril, e Pedro Domienne de Oliveira, em maio, na Bahia. O nono suicida, Pércles Gusmão Régis, teria cortado os pulsos, em maio, no quartel onde estava preso, na Bahia. No dia 9 de maio, por conta daquilo que o Exército chamou de "consequências naturais", morreu no Rio o sargento Manuel Alves de Oliveira, preso desde abril. Em agosto matou-se Dilermano Melo do Nascimento, tenente da reserva do Exército e veterano da Força Expedicionária Brasileira" etc.

¹⁹⁸ Idem, ibidem, p. 344.

Baixado o AI-5, "partiu-se para a ignorância". Com o Congresso fechado, a imprensa controlada e a classe média de joelhos pelas travessuras de 1968, o regime bifurcou a sua ação política. Um pedaço predominante e visível, foi trabalhar a construção da ordem ditatorial. Outro, subterrâneo, que Delfim Neto chamava de "a tigrada", foi destruir a esquerda. Faziam parte do mesmo processo, e o primeiro acreditava que o segundo seria seu disciplinado caudatário. Desde 1964, a máquina da repressão exigia liberdade de ação. Com o AI-5, ela teve foi à caça.

Os episódios de tortura narrados por Gaspari no período correspondentes aos anos da ditadura são inúmeros, e a sua narração é minuciosa; contém nomes, datas e indicação precisa das respectivas fontes.

Vejamos alguns poucos casos narrados por Gaspari, já que a lista é longa e descer a minúcias fugiria ao nosso propósito neste trabalho.

João Lucas, um pernambucano de 34 anos, que havia passado no curso de Havana, foi assassinado na Delegacia de Roubos e Furtos de Belo Horizonte, sendo informado pela Polícia que ele havia se matado, asfixiando-se com a calça, não obstante a autópsia ter concluído que o seu cadáver tinha doze lesões e lhe faltava a unha de um artelho do pé esquerdo¹⁹⁹.

Os presos eram dez. Entre eles, seis rapazes do Colina²⁰⁰. Foram tirados das celas, postos em fila e escoltados até um salão. No caminho ouviram uma piada de um cabo: "São esses aí os astros do show?". A platéia, sentada em torno de mesas, chegava perto de cem pessoas. Eram oficiais e sargentos, tanto do Exército como da Marinha e Aeronáutica. Numa das extremidades do salão havia uma espécie de palco, e nele o "tenente Ailton" presidia a sessão com um microfone em um retroprojetor: "Agora vamos dar a vocês uma demonstração do que se faz clandestinamente no país [...] os presos foram enfileirados perto do palco, e o "tenente Ailton" identificou-os

¹⁹⁹ Idem, ibidem, p. 359.

²⁰⁰ Comando da Libertação Nacional que operava em Belo Horizonte. Segundo Gaspari, era composto por poucas dezenas de jovens, quase todos saídos das faculdades de Medicina e Engenharia da UFMG, tendo atuado na morte de Von Westernhagen, colocado uma bomba na casa do delegado regional do trabalho e outra na do presidente do Sindicato dos Bancários. Levaram o dinheiro de quatro bancos e as armas dos sentinelas. (ob. cit. p. 355)

para os convidados [...] com a ajuda de slides, mostrou desenhos de diversas modalidades de tortura. Em seguida os presos tiveram de ficar de cuecas.

As torturas sucederam da seguinte maneira:

- Maurício Vieira de Paiva, 24 anos, quintanista de engenharia, foi ligado a um magneto pelos dedos mínimos das mãos. Era a máquina de choques elétricos. Depois de algumas descargas, o tenente-mestre ensinou que se devem dosar as voltagens de acordo com a duração dos choques. Chegou a recitar algumas relações numéricas, lembrando que o objetivo do interrogador é obter informações e não matar o preso²⁰¹.
- Murilo Pinto da Silva, 22 anos, funcionário público, ficou de pés descalços sobre as bordas de duas latas abertas²⁰².
- Pedro Paulo Bretãs, 24 anos, terceranista de medicina, foi submetido ao esmagamento dos dedos com barras de metal. Outro preso, um ex-soldado da Polícia Militar, apanhou de palmatória nas mãos e na planta dos pés. "A palmatória é um instrumento com o qual se ode bater num homem horas a fio, com toda a força", explicou o tenente.
- No pau-de-arara penduraram Zezinho, que estava na PE por conta de crimes militares. Ailton explicou - enquanto os soldados demonstravam - que essa modalidade de tortura ganhava eficácia quando associada a golpes de palmatória ou aplicação de choques elétricos, cuja intensidade aumenta se a pessoa estiver molhada. "Começa a fazer efeito quando o preso já consegue manter o pescoço firme e imóvel. Quanto o pescoço dobra, é que o preso está sofrendo" ensina o tenente-professor.²⁰³ "

O tenente-professor era Ailton Joaquim, chefe da seção de informações da 1ª Companhia. Segundo Gaspari²⁰⁴, citando Izaías Almada, a mesma aula do episódio descrito foi repetida em janeiro de 1969, no quartel da PE de São Paulo.

²⁰¹ Ob.cit. p. 361.

²⁰² Idem, ibidem, p. 362.

²⁰³ Ob.cit. p. 362.

²⁰⁴ Ob.cit. p 362, rodapé.

O perfil do Tenente Ailton é o de um sujeito medíocre e, como tal, tinha na truculência sua grande "virtude", que terminou sendo reconhecida por seus superiores para usá-la da maneira descrita. Eis o seu perfil, traçado por Gaspari²⁰⁵:

com 1,67 m de altura, era quase um anão nas formaturas dos galaláus da PE. Filho de um pequeno comerciante, criado no subúrbio carioca, fora um aluno comum na Academia Militar das Agulhas Negras. Em todo o curso conseguiu uma só nota 8 (em topografia) e passou raspando com um 4 pela cadeira de Direito. Com uma média final de 6,7, foi o 29º numa turma de 57 cadetes. Servira com sucesso no Batalhão Ipiranga, em São Paulo, onde o comandante de sua companhia o retratou com a poesia da caserna: "Sua firmeza o sustenta; sua luz o guia. A cera facilmente se liquefaz; o cristal nunca perde a sua aresta. (Elogio do Capitão Luiz Marques de Barros, Processo nº 42 479-8, de 1979, SMT, p. 994) Chegara à PE em julho de 1967 e vivia com a mulher numa das modestas casas de oficiais da vila. Desde que o CIE²⁰⁶ montara sua base de operações em Deodoro, Ailton Joaquim deixara a tediosa rotina de *Sherlock* encarregado de descobrir quem danificara um ventilador da companhia, para entrar na vida agitada da repressão política.

Outros episódios de torturas "dignos" de registro no período militar, pela brutalidade que encerram, e não por outro qualquer motivo, foram os que tiveram como objetivo a caça e assassinato de Carlos Marighella, protagonizado pelo temido, medíocre e perigosíssimo Delegado paulista Sérgio Fleury²⁰⁷. A idéia era conseguir informações de dominicanos sobre o paradeiro

²⁰⁵ Ob. cit. p. 359.

²⁰⁶ Centro de Informações do Exército.

²⁰⁷ Segundo Gaspari, Fleury levava quatro anos para subir o primeiro degrau da hierarquia policial. Subira três ouros em apenas dois anos, como recompensa aos serviços prestados à ditadura. Sobre o significado da convocação de Fleury para ajudar o regime, dá-nos o seguinte esclarecimento: "Os comandantes militares que incorporaram Fleury à "tigrada" sabiam que tinham colocado um delinqüente na engrenagem policial do regime. Nos anos seguintes o Delegado tornou-se um paradigma da eficiência da criminalidade na repressão. Um raciocínio que começara com a idéia de que a tortura pode ser o melhor remédio para obter uma confissão, transbordava para o reconhecimento de que um fora-da-lei pode ser o melhor agente para a defesa do Estado. Recompensando-o e protegendo-o, em 1971, por sugestão do CE, o governo passou-lhe no pescoço a fita verde-amarela com a Medalha do Pacificador. A associação de oficiais das Forças Armadas com a bandidagem da polícia na construção de um sistema de repressão baseado na tortura foi produto de incompetência. Não era inevitável. A bibliografia do combate ao terrorismo mostra que muitas vezes as forças policiais são insuficientes para conduzi-lo, mas que o que se montou no Brasil foi uma trapalhada onde se juntaram os vícios da "meganha" aos males da

de Marighella, visando o seu extermínio. Sabia-se que haviam entre eles. Eis os episódios:

Na noite de 1º de novembro - Ivo e Fernando - tomaram um ônibus pra o Rio, onde tratariam do esquema de apoio para a chegada dos militantes que haviam saído de Cuba e cujo destino era o foco do Pará. Ivo acabava de voltar de Porto Alegre, para onde transportara Câmara Ferreira. Na manhã seguinte, estavam no Catete quando foram agarrados, metidos numa camionete e levados para o quinto andar do edifício do Ministério da Marinha, onde o Cenimar²⁰⁸ tinha a sua central de torturas. Lá, eram esperados pelo delegado Fleury. Ele os separou.

De cuecas, frei Fernando foi pendurado no pau-de-arara. Deram-lhe choques nas mãos e nos pés, molharam-lhe o corpo para aumentar a intensidade das descargas. Deslocaram-lhe o maxilar. Enfiaram-lhe um fio na uretra. À noite, quando ele perdeu a consciência, Fleury sabia como Marighella marcava seus encontros com freis. Telefonava para a livraria Duas Cidades, identificava-se como *Ernesto* e anunciava que visitaria a gráfica. Isso significava que eles se encontrariam às vinte horas daquela mesma noite, na altura do número 800 da alameda Casa Branca, no Jardim Paulista.

Quanto ao frei Ivo, conta que

"nú, foi pendurado no pau-de-arara. Deram-lhe choques no corpo e na uretra. Lançaram-lhe com um cano de borracha, socos e chutes. À noite, quando mandaram tomar banho, Fleury sabia que o último encontro fora duas semanas antes. Depois de confrontar os dois depoimentos, Fleury sabia também que Marighella devia telefonar na terça-feira seguinte, dia 4 de novembro. Os freis foram levados para outra sala, onde os obrigaram a recitar uma confissão para uma câmara de TV. o serviço estava completo. Na manhã seguinte Fleury levou os dois dominicanos para o DOPS²⁰⁹ de São Paulo. Às três da madrugada de 4 de novembro, invadiu espalhafatosamente o

militarização das operações [...] O que se apresentava como militarização das operações policiais tornou-se uma politização das operações militares. O delegado Sérgio Fleury não ficou parecido com um oficial do Exército. Eram oficiais do Exército que ficaram parecidos com ele. " (In "**A Ditadura Escancarada**: São Paulo: Companhia das Letras, 2002, pp. 27-66-67)

²⁰⁸ Centro de Informações da Marinha.

²⁰⁹ Delegacia de Ordem Política e Social.

convento dos Perdizes e prende mais cinco religiosos. Congestionaram-se as salas de tortura da delegacia.

Sobre a morte de Marighella, segundo Gaspari, sucedeu assim:

Às vinte horas, conforme combinado, Marighella caminhava pela alameda Casa Branca. Carregava uma pequena paste preta. Fora antecedido por um olheiro que nada notara de anormal. Um Volkswagen azul, com os freis Ivo e Fernando a bordo, estava estacionado em frente ao número 806. No quarteirão da alameda Casa Branca que vai da Lorena à rua Tatuí havia 29 policiais e um cão, distribuídos em sete automóveis.

O delegado Fleury saiu atirando. Começou a fuzilaria, estimulada pela certeza dos outros policiais de que a guarda do chefe terrorista estava respondendo fogo.

Marighella levou cinco tiros. Um, disparado à queima-roupa, seccionou-lhe a aorta [...] quando acabaram os disparos, a polícia matara também um dentista alemão que passava num Buick, ferira mortalmente uma investigadora que fingia namorar num carro próximo e baleara um delegado.

3.3- AS TENTATIVAS DE JUSTIFICAÇÃO DA TORTURA SOB A ÓTICA DO TORTURADOR

Procederemos nossa análise sobre o que chamamos de tentativas de "justificação" da tortura, através da investigação de dois conceitos. O primeiro, mais complexo, se relaciona com a concepção absolutista da segurança da sociedade, que foi a marca condutora que ensejou o quartelada de 1964, e o outro, menos elaborado, que diz respeito à funcionalidade da tortura. Ambos usados para explicar, ou tentar explicar, a brutalização que lhe é inerente.

A lógica do primeiro desemboca na Doutrina da Segurança Nacional ou, em outros termos, muito utilizado, na Ideologia da Segurança Nacional, que pode ser resumida na seguinte fórmula: "contra a pátria não há direitos". Sua

lógica é elementar: o país está acima de tudo, portanto, tudo vale contra aqueles que o ameaçam²¹⁰.

Quanto ao segundo, a sua lógica, não menos elementar, pode ser reduzida no seguinte: havendo inimigos perigosos para a sociedade (bandidos, criminosos, assassinos, ou qualquer coisa equivalente que se eleja com tal) os agentes do estado (militares, por exemplo) entram em cena, o pau canta, os presos falam, e o perigo (terrorismo) acaba.

Segundo Peluso²¹¹ a doutrina da segurança nacional, produzida pela ESG (Escola Superior de Guerra) após Segunda Guerra Mundial trata-se é uma "teoria social que inspirou o golpe de Estado de 1964. Desde então, até meados dos anos 80, essa doutrina teria sido usada pelo regime militar no sentido de justificar as suas políticas".

A "doutrina de segurança nacional" faz uma análise da realidade social brasileira em termos geopolíticos. Seu ponto fundamental consistiria na "teoria da segurança nacional", pela qual os problemas políticos são interpretados como envolvendo a relação entre o povo e o território. Como consequência, os problemas políticos só podem ser resolvidos por meio de análises estratégicas.

Reduzindo-se a política à questão estratégica, cria-se a necessidade de um plano estratégico para resolver os problemas. Daí, o fatal arremate: a lógica necessária para a construção de planos estratégicos é a lógica militar, na qual os problemas são interpretados como inimigos a serem conquistados ou destruídos.

O custo em vidas para execução dessa estratégia, ou seja, o custo social, explica Peluso²¹², "deve ser considerado como "causalidade". Povo e

²¹⁰ GASPARI, Hélio. **A Ditadura Escancarada**. Cit. p. 17.

²¹¹ PELUSO, Luiz Alberto. **O Projeto da Modernidade do Brasil**: o compromisso racionalista dos anos 70. Campinas, São Paulo: Papirus, 1994, p. 26.

²¹² Ob. cit. p. 27.

território são os ingredientes dessa lógica. O povo é tomado com milícia, e o território, como campo de batalha".

Sobre essas duas perspectivas é que gravitavam as falas e opiniões dos torturadores da ditadura militar. Aliás, uma delas ou ambas, estarão sempre subjacentes em todas as tentativas de justificação dos torturadores com relação a irracionalidade da ação que perpetram. E nem sempre, o que é pior, essa tentativa de justificação é, para o próprio torturador, uma hipocrisia, exceto, claro, quando é o próprio idealizador quem executa a obra, o que, na prática, é pouco freqüente, pelo menos no nível das ações dos agentes do Estado, que é o nosso foco de abordagem.

Para um melhor esclarecimento do que estamos tentando dizer, permitimo-nos uma pequena digressão, descambiando um pouco para o campo da filosofia e da psicologia, mas que certamente será útil para deixarmos clara a nossa manifestação no parágrafo anterior. Nesse sentido tomaremos de empréstimo algumas observações, não de um filósofo ou psicólogo, mas de Giannetti²¹³, que é, por profissão, um economista.

O animal humano desperta muito cedo no tempo para a manipulação do outro por meio do uso astucioso da linguagem. Imaginemos uma peça de teatro onde, de um lado, estão os atores e do outro, a platéia. Se os espectadores identificam-se de forma plena e sincera, na platéia, com os personagens éticos - justos, imparciais, bons pais, bons amigos e amigos da virtude -, mas negam isso em suas vidas práticas, representando papéis que os deixariam profundamente indignados se fossem levados ao palco, como entender essa estranha metamorfose? Seriam eles hipócritas enganadores, agindo de má-fé e calculando seus atos? É duvidoso, diz-nos Giannetti²¹⁴. Há bons motivos para supor que mesmo aqui um veredicto sumário de falsidade hipócrita revelaria mais um juízo apressado do que conhecimento de causa.

²¹³ FONSECA, Eduardo Giannetti. **Auto-Engano**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

²¹⁴ Idem, ibidem, p. 49.

O primeiro motivo, segundo Giannetti, é um argumento de psicologia moral. A feiúra e o fedor extremos são insuportáveis de perto. Por pior que alguém seja aos olhos de qualquer outro observador externo, ninguém suporta conviver com uma imagem eticamente repulsiva de si mesmo por muito tempo.

Se os espectadores ficam sinceramente indignados ao verem sua própria maldade representada no palco, então é porque eles não se vêem assim. O que ofende e agride os outros, visto de fora, torna-se inodoro e razoável quanto é visto e vivido de dentro. A fumaça do automóvel ou do ônibus em que estamos não nos irrita. A consideração espontaneamente parcial e carinhosa que cada um tem por si mesmo funciona com um ópio capaz de nos fazer continuar sonhando acordados mesmo quando as luzes do teatro se acendem e o transporte ficcional termina. Ao retomar o fio do seu próprio enredo, o auto-engano troca inocentemente de roupa e de papel: o bom sonho acordado do espectador calado dá lugar ao mau sonho desperto do cidadão esperto²¹⁵.

O segundo motivo para duvidar da tese da simples hipocrisia é um argumento de psicologia social evolucionária darwiniana, continua Giannetti²¹⁶. Mentir e enganar o próximo são pretensões universais e inatas do animal humano.

O grande problema do enganador é que ele não está sozinho no mundo. Como toda criança logo começa a se dar conta à medida que vai ensinando e testando contra os pais suas primeiras mentiras, ninguém gosta de ser enganado contra a vontade e, nas palavras de Giannetti²¹⁷,

o risco de ser pego existe e a punição pode ser severa. Para lograr sucesso o enganador precisa que os outros lhe dêem crédito, ou seja, é fundamental que eles acreditem em sua palavra e nas intenções que professa. O seu verniz de credibilidade e honestidade não pode apresentar falhas ou rachaduras suspeitas visto que, como dizia

²¹⁵ Idem, ibidem, p. 50.

²¹⁶ Idem, ibidem, p. 51.

²¹⁷ Idem, ibidem, p. 52.

Protágoras reportando-se à pressão exercida pela comunidade sobre o cidadão da *polis*, "qualquer um que não professe ser justo só pode estar louco". Mentir é uma arte.

A hipótese da psicologia evolucionista é a de que existe uma "corrida armamentista" em curso. Ataque e defesa: assim como o enganador deseja enganar, a vítima potencial do engano deseja prevenir-se dele. A principal arma defensiva nesse embate consiste em antecipar-se à manipulação tramada pelo enganador, pilhando-o no ato enquanto é tempo. A arte da defesa é procurar, detectar e decodificar todos os sinais suspeitos que possam indicar a desonestidade e hipocrisia daqueles com quem interagimos.

O que está em jogo não é, evidentemente, uma competição maniqueísta entre uma classe só de hipócritas e outra apenas de vítimas potenciais da hipocrisia alheia. Todos os animais humanos são, em algum momento, enganadores ativos e vítimas de engano; todos estamos internamente enfrentando ambas as situações.

Trazendo essas idéias para o plano do real, melhor dizendo, da prova, Giannetti²¹⁸ traz-nos com exemplo o labirinto de enganos daquela que foi a mais tenebrosa experiência coletiva até hoje vivida por uma comunidade humana, o nazismo Alemão. E explica:

Enquanto Hitler confidenciava a um colaborador íntimo o seu "especial prazer secreto de ver como as pessoas ao nosso redor não conseguem perceber o que está realmente acontecendo a elas", o mefistofélico Goebbels, ministro da Cultura do Reich, jactava-se de dedilhar na psique do povo alemão "como num piano".

E arremata:

Outros, mais instruídos, ouviram as notas dos seus próprios enganos. Enquanto o filósofo existencialista Heidegger cooperava ativamente com as autoridades nazistas na luta contra o aviltamento burguês da

²¹⁸ Idem, ibidem, p.53.

dignidade do *Dasein*, o maestro Furtw:angler, estrela-mor da música erudita alemã na época, tinha outros planos: ele imaginava sinceramente (ao que tudo indica) que seria capaz de suavizar a truculência do regime bombardeando a cúpula nazista com execuções primorosas das obras imortais de Bach, Beethoven e Wagner.

Poderíamos nos alongar muito mais em torno dessas colocações, mas isso não vem ao caso, pois o que delas nos interessa nessa oportunidade é o fato de podermos dizer, sendo condescendência e voltando ao ponto de antes do desvio, que não se pode concluir, sem que com isso se faça juízo apressado, que todo torturador o é, por acreditar, de fato, sem engano, que o ato ignóbil que pratica pode carregar alguma justificativa racional. Teríamos aí um exemplo típico de aporia, na medida em que o irracional não pode ser compreendido e justificado pela racionalidade sem correr grande risco de erro flagrante. Pertencem a ordens diferentes e inconciliáveis.

Dito isso, nosso objetivo é proceder a uma certa tipologia da figura do torturador. De um lado, nessa perspectiva, colocaríamos os que vêm na tortura algo realmente justificável e, com o propósito de implementar a idéia irracional, arquitetam a estratégia da ação para ser executada. De outro os que, imaginando-a justificável pelos argumentos do primeiro, irracionalmente perpetram-na. São os seus executores, que podem ou não se comprazer com o ato de execução, e aí surge um terceiro tipo, que ao qual poderíamos denominar de "torturadores perversos".

Feitas essas colocações, um tanto quanto prematuras, pois melhor ficariam se lançadas na conclusão do trabalho, passemos a verificar algumas justificativas sobre a tortura, coletadas por Gaspari em seus dois trabalhos²¹⁹, vindas dos próprios algozes.

²¹⁹ Referimo-nos aos dois livros constantemente citados: "**A Ditadura Escancarada**" e "**A Ditadura Envergonhada**".

A idéia é que através delas possamos enquadrar cada um dos declarantes na tipologia sugerida, daí porque a necessidade de tê-la anunciado aqui e não alhures.

Eis então as declarações, quase todas de "gente grande" :

- Acho que a tortura em certos casos torna-se necessária, para obter confissões²²⁰;
- Era uma guerra, depois da qual foi possível devolver a paz ao Brasil. Eu acabei com o terrorismo neste país. Se não aceitássemos a guerra, se não agíssemos drasticamente, até hoje teríamos terrorismo²²¹;
- Era necessário reprimir. Não posso discutir o método de repressão, se foi adequado, se foi o melhor que se podia adotar. O fato é que a subversão acabou²²²;
- Os militantes são treinados para resistir aos interrogatórios, para dar tempo a que seus companheiros se ponham em segurança. A delação, para eles, é o supremo opróbrio, como o é para todos os que têm caráter²²³.
- Em nenhum lugar do mundo o terrorista é considerado um combatente. [...] A ação do combatente ainda se entende. Para ele pode-se admitir tratamento diferente. Mas para o que incendeia e seqüestra, não²²⁴ ;
- Eu a experimentei, no início de 1957, em meu gabinete de Hydra, e a maioria dos meus oficiais fez a mesma coisa²²⁵;
- Confissões não se conseguem com bombons²²⁶;
- Uma agência de contra-informações não é um Tribunal de Justiça [...] Deve ser decidido pelo governo qual a prioridade a ser dada à utilização dos elementos capturados ou presos, se dirigida ao

²²⁰ Ernesto Geisel. (in **A Ditadura Envergonhada**, p. 37); Idem, Ibidem (in **A Ditadura Escancarada** p. 37)

²²¹ Emílio Garrastazu Médici, em entrevista ao jornalista Antônio Carlos Scartezini. (in "**A Ditadura Escancarada**") p. 17.

²²² Ernesto Geisel. Ob. cit. p. 18.

²²³ Jarbas Passarinho. Ob. cit. p. 38.

²²⁴ General Carlos de Meira Mattos, Comandante da Academia Militar das Agulhas Negras. Ob. cit. p. 19.

²²⁵ Jacques Massu, General Francês, referindo-se à tortura. Desde 1957 um documento do estado-maior de Massu negava aos combatentes argelinos a proteção das leis de guerra e recomendava que "todo indivíduo pertencente a uma organização terrorista que venha a cair nas mãos da forças da ordem será interrogado imediatamente, sem contemplação, pela tropa que o tiver capturado". Ob. cit. p. 19.

²²⁶ Bispo de Diamantina, em entrevista ao La Croix, em Ralph della Cava. Ob. cit. p. 20.

processamento judicial , ou se voltada para os interesses das informações²²⁷;

- Será necessário, freqüentemente, recorrer a métodos de interrogatório que, legalmente, constituem violência. [...] Se o prisioneiro tiver de ser apresentado a um Tribunal para julgamento, tem de ser tratado de forma a não apresentar evidências de ter sofrido coação em suas confissões²²⁸;

- Se houve a tortura no regime militar, ela foi feita pelo pessoal de baixo, porque não acredito que um general fosse capaz de uma coisa tão suja, não aceito isso²²⁹;

- Praticaram-na clandestinamente²³⁰

- Eu não admito a tortura por sadismo ou vingança. Para obter informações, acho válida. Os hipócritas dizem que não, mas todo mundo usa [...] Isso é uma contingência natural da humanidade. Nunca permiti²³¹;

- Ao ser preso, o terrorista sabe que será interrogado, que não terá escapatória. Para ele, chegou a hora da verdade²³²;

- O interrogatório em si, em qualquer nação do mundo, não é algo cordial. Atentados físicos contra eles [os presos], se houve [...] é porque houve reação, uma resistência obstinada à confissão²³³."

- Não justifico a tortura, mas reconheço que há circunstâncias em que o indivíduo é compelido a praticar a tortura, para obter determinadas confissões e, assim, evitar o mal maior²³⁴."

Expostos os argumentos dos corifeus nacionais do suplício, cumpre a cada um fazer o juízo que entender melhor ante as confissões, espontaneamente concedidas, bom que se frise, como nossa sugestão da tipologia referenciada.

²²⁷ Texto confidencial contido em apostila do Centro de Informações do Exército. O título da apostila era "Interrogatório". Ob. cit. p. 21.

²²⁸ Idem, ibidem, Ob. cit. p. 21.

²²⁹ General João Batista Figueiredo, entrevista a Cláudio Renato, O Estado de São Paulo, 23 de dezembro de 1996. Ob. cit. p. 23.

²³⁰ Jarbas Passarinho. Ob.cit. p. 23.

²³¹ General Fiúza de Castro. Entrevista a Hélio Contreiras e Chico Otávio, O Estado de São Paulo, 31 de maio de 1993. Ob.cit. p. 25.

²³² Coronel Roger Trinquier, comandante do 3º Regimento de Pára-Quedistas francês na Argélia. Ob. cit. p. 37.

²³³ Coronel Jayme Marith. Secretário de Segurança do Rio Grande do Sul. O Estado de São Paulo, 28 de julho de 1970. Ob. cit. p. 38.

²³⁴ Ernesto Geisel. Ob. cit. p. 43.

3.4- A REALIDADE DA TORTURA NO ÂMBITO DA POLÍCIA CIVIL NOS DIAS ATUAIS: DIAGNÓSTICOS ONU e da "HUMAN RIGHTS"

Publicada a Constituição de 1988, em 05 de outubro, o Brasil ingressou no rol dos países de um Direito Constitucional moderno e sofisticado, pois nela se declara que desde então estamos, não apenas sob a égide de um Estado Constitucional, mas de um Estado Democrático de Direito Constitucional.

Não se trata de jogo de palavras, na medida em que por trás dessa afirmação, positivada no art. 1º²³⁵ do texto da Constituição, subjaz o reconhecimento de uma série de direitos antes "garantidos" apenas no plano de documentos internacionais e, destarte, sem a necessária possibilidade de exigir-se exeqüibilidade, pelo menos com as ferramentas disponibilizadas pelo Estado através de seus órgãos incumbidos da manutenção da ordem jurídica. Em outras palavras, os denominados Direitos Humanos (reconhecidos no plano do direito internacional ou extra nacional) passaram, desde então, a gozar do status de Direitos Fundamentais, porquanto reconhecidos no âmbito do direito interno, com todas as garantias de exigibilidade e eficácia que o ordenamento jurídico lhe confere.

Sobre a importância e a evolução do conceito moderno de Estado Constitucional, Canotilho²³⁶ nos adverte que hoje não se pode mais conceber a justificação do Estado apenas como Estado Constitucional, esclarecendo que

Não deixa, porém, de ser significativo que esta expressão -Estado Constitucional - tenha merecido decisivo acolhimento apenas na jurisprudência mais recente. Sabemos já que o constitucionalismo procurou justificar um Estado submetido ao direito, um Estado regido por leis, um Estado sem confusão de poderes. [...] O Estado Constitucional, para ser um Estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um Estado de Direito

²³⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

²³⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**: e teoria da Constituição. 6.ed. Coimbra, Portugal:Almedina, 2002,p.92.

Democrático. Eis aqui as grandes qualidades do Estado constitucional: Estado de *direito* e Estado *democrático*.

Sobre tais qualidades, lembra que nem sempre elas surgem juntas, sendo freqüente falar-se em Estado de Direito, omitindo-se a dimensão democrática, ou , em Estado democrático, salientando-se a dimensão de Estado de Direito; dissociação que corresponde, por vezes, à realidade das coisas, na medida em que existem formas de domínio político onde este domínio não está domesticado em termos de Estado de direito e existem Estados de direito sem qualquer legitimação em termos democráticos.

O Estado Constitucional Democrático de Direito procura estabelecer uma conexão interna ente democracia e Estado de Direito, na medida em que, nas palavras do mesmo Canotilho²³⁷, "obriga-nos a procurar o pluralismo de estilos culturais, a diversidade de circunstâncias e condições históricas e os *códigos de observação* próprios de ordenamentos jurídicos concretos", com a advertência de que "a domesticação do domínio político pelo direito faz-se de vários modos e, por isso, deveremos tomar cuidado em identificar conceitos como *Rechtsstaat*, *Rule of law*, não obstante todos eles procurarem alicerçar a *juridicidade estatal*".

Por fim, o mesmo autor²³⁸ chama a atenção para o fato que o Estado Constitucional não é e nem deve ser apenas um Estado de direito, e explica:

Se o princípio do Estado de Direito se revelou como uma "linha Maginot" entre "Estados que têm uma constituição" e "Estados que não têm uma constituição, isso não significa que o Estado Constitucional moderno possa limitar-se a ser apenas um Estado de Direito. Ele tem de estruturar-se como Estado de Direito Democrático, Isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo. A articulação do "direito" e do "poder " no Estado constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos. O princípio da soberania popular é, pois,

²³⁷ Idem, ibidem, p. 93

²³⁸ Idem, ibidem, p. 97.

uma das traves mestras do Estado Constitucional. O poder político deriva do "poder dos cidadãos".

Pois bem. Estando então o Brasil, desde a Constituição de 1988, sob o império de um Estado Constitucional Democrático de Direito, através do qual encontram-se reconhecidos, de forma explícita, todo um elenco de direitos fundamentais, notadamente o da dignidade humana (inc. III do art. 1º), haveria de se esperar que a prática da tortura, quando menos, amainasse, já que, afinal, o comando da Lei Maior, mais do que isso, impunha-lhe a proscrição, em respeito à dignidade humana, erigido à categoria de princípio fundamental do novo modelo de Estado então nascente.

Mas a realidade, infelizmente, foi bem outra, na medida em que o que assistimos, desde então, é que a velha prática da tortura, não só permaneceu, como em certas ocasiões até se observa o seu recrudescimento, em que pese, e isso não se pode deixar de reconhecer, a edição de medidas governamentais no sentido da sua profilaxia, a exemplo do chamado PNDH (Programa Nacional de Direitos Humanos), lançado em 13 de março de 1996²³⁹, a despeito de ter sido precipitado, é bom que se esclareça, em razão de pressões dos organismos internacionais vinculados aos Direitos Humanos, a partir de denúncias de casos de violência, incluindo torturas, do estilo "massacre dos Carajás", o que não lhe tira o mérito de ter sido o primeiro programa para proteção e promoção de direitos humanos da América Latina, como lembra Pinheiro²⁴⁰.

O recrudescimento da violência e a perseverança da tortura no Brasil são fatos sobre os quais não dispensaremos maiores esforços para demonstrar, na medida em que, além de fazerem parte do nosso cotidiano e, destarte, assumirem a condição de verdade sabida, pelo menos para nós, existem pelo menos dois documentos incontestáveis sobre a realidade desses

²³⁹ BRASIL, Programa Nacional de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/pndh/index.htm>>. Acesso em: 28. nov. 2002.

²⁴⁰ PINHEIRO, Paulo César; NETO, Paulo de Mesquita. Direitos Humanos no Brasil: perspectivas no final do século. Disponível em: <<http://mre.gov.br/revista/numero06/dirhumbr.htm>>. Acesso em: 15. maio. 2002.

fatos; documentos que além de diagnosticar a doença e apontar sobre as eventuais causas, prescrevem sugestões.

O primeiro deles vem da Human Rights²⁴¹, cujo conteúdo denunciador é o seguinte:

(Washington, DC, 13 de maio de 1999) — O Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso falhou na implementação de seu programa de direitos humanos, elaborado em 1996. Essa foi a conclusão apresentada pela Human Rights Watch ao Presidente hoje, em carta aberta por ocasião do terceiro aniversário do Programa Nacional de Direitos Humanos, PNDH.

Quando Fernando Henrique lançou o PNDH há três anos, celebramos seu esforço e o do país," disse José Miguel Vivanco, diretor executivo da Divisão das Américas da Human Rights Watch. "Mas hoje, estamos desapontados. Foi dado aos Direitos Humanos uma posição de segundo plano no Governo Fernando Henrique".

Proposto como um plano de ação, até agora, devido a falta de prazos de implementação, a vasta maioria das suas 227 medidas permanece como letra morta. Tortura e homicídios cometidos por policiais, massacres em prisões, trabalho forçado, conflitos sangrentos pela terra, violência contra populações indígenas, violência doméstica e impunidade dos crimes cometidos durante a ditadura militar continuam prevalecendo no Brasil. O relatório de treze páginas anexo à carta da Human Rights Watch ao Presidente Fernando Henrique, aborda esses sete tipos de violações e destaca 27 recomendações para a melhora da situação dos direitos humanos no país.

No preâmbulo das recomendações faz-se menção aos seguintes fatos²⁴²: Que o Brasil, desde quando ratificou o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 1992, tem falhado em submeter-se à jurisdição do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, embora o Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH) comprometa o país a implementar as convenções internacionais das quais o Brasil é signatário.

²⁴¹ Disponível em <<http://www.hrw.org/portuguese/press/1999/bra0512.html>>. Acesso em 20. dez. 2002. A instituição dedica-se à proteção dos direitos humanos dos povos do mundo inteiro. Investiga e divulga as violações de direitos humanos e responsabilizam quem as comete, incitando os governos a atuarem contra a violação dos direitos humanos. Informações detalhadas sobre a entidade encontra-se disponibilizada no site.

²⁴² Idem, Ibidem.

Que é essencial a ratificação, pelo Brasil, ao Protocolo Facultativo do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a fim de conferir ao Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas autoridade para receber e processar denúncias individuais de violação aos direitos garantidos por esse pacto.

Que, de igual modo, o Brasil deveria reconhecer, nos termos do artigo 22 da Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, ratificada em 28 de setembro de 1989, e artigo 14 da Convenção Sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968 a jurisdição dos órgãos competentes para examinar denúncias alegando violação de seus termos.

Por fim, diz o documento, que apesar do Brasil ter ratificado o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em janeiro de 1992, o governo federal tem falhado em submeter um relatório inicial sobre o estado dos direitos econômicos sociais e culturais, tal como o acordo requer em seu conteúdo, e que o Brasil deveria cumprir com a obrigação, assumida em 1994 (dois anos após a ratificação do Pacto), de submeter seu relatório ao Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

O segundo documento sobre o qual falamos vem da ONU. Trata-se do "Relatório sobre tortura no Brasil", produzido pelo Relator Especial sobre a Tortura da Comissão de Direitos Humanos daquela entidade, Sr. Nigel Rodley, datado de 11 de abril de 2001 (E/CN.4/2001/66)²⁴³, lançado durante a plenária da 57ª Sessão da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, sobre a situação da tortura no Brasil.

O relatório é fruto da missão oficial seu signatário ao Brasil, no período de 28 de agosto a 12 de setembro, onde procede a visitas nos Estados

²⁴³ ONU: **Relatório sobre a Tortura no Brasil**. Nigel Rodley. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/denunciar/tortura/sos/rodley/index.html>> . Acesso em: 06. dez. 2002. O relatório está disponível em duas versões: um resumida, em forma de sumário executivo e outra integral, que impressos em papel modelo A4 dão, respectivamente, 07 e 44 páginas. A primeira, ou seja, o sumário executivo, é da lavra do Centro de Justiça Global.

São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Pernambuco, Pará e Brasília. Nele se inclui um anexo separado que resume 348 casos de tortura em dezoito estados: Alagoas (6); Amazonas (1); Bahia (11); Ceará (5); Brasília D.F. (2); Goiás (3); Mato Grosso (1); Mato Grosso do Sul (1); Minas Gerais (97); Pará (52); Paraíba (6); Paraná (3); Pernambuco (30); Piauí (1); Rio de Janeiro (33); Rio Grande do Norte (7); São Paulo (69); Rondônia (1); Tocantins (19).

Trata-se, segundo o relatório, da mais abrangente investigação sobre a Tortura já realizada pelas Nações Unidas, tendo sido visitadas delegacias, prisões, penitenciárias e casas de detenção juvenis, além de encontros com várias autoridades, desde delegados a governadores, ministros, presidente, até vítimas, parentes e representantes da sociedade civil.

Esclarece-se no relatório que, embora as conclusões tenham se baseado em relatórios oficiais e de ONGs, além de milhares de páginas de documentos colhidos no Brasil, o que mais influenciou sua conclusão foram as observações do Relator, que com suas próprias palavras diz assim:

A coerência dos relatos ouvidos, o fato que muitos detentos tenham marcas visíveis condizentes com seus testemunhos e a descoberta, nas delegacias, de instrumentos de tortura assim como foram descritos pelas alegadas vítimas, tais como pedaços de pau e de ferro, faz com que seja difícil refutar as numerosas alegações de tortura levadas à atenção do Relator Especial. Em duas ocasiões (ver acima para. 35 (São Paulo) e para. 84 (Pará)), graças a informações dos próprios detentos, o Relator Especial pôde descobrir grandes pedaços de pau, nos quais foram talhados, por oficiais da lei, comentários lacônicos não deixando dúvidas sobre o seu uso

O Documento de fato impressiona pela forma detalhada com que se acerca do problema principal sobre o qual se debruça, que é a tortura, bem assim pela minudencia com que analisa as inúmeras variáveis que o cercam, principalmente com ralação à legislação penal e processual pátria, de modo que é peça imprescindível a qualquer estudo que se pretenda fazer com ralação ao tema tortura.

Eis alguns dos relatos constantes do longo relatório, cuja seleção estamos fazendo com vistas ao que dele mais nos interessa para o trabalho em execução, motivo pelo qual inserimos destaques em cada uma das citações, naquilo que nos pareceu conveniente à finalidade perseguida.

Sobre os motivos que ensejaram a visita, o relatório no tópico "Questões Gerais", correspondente ao seu item 07, explica, dentre outras coisas, o seguinte:

- Ao longo dos últimos anos (ver E/CN. 4/1999/61), parágrafos 86 e seguintes, E/CN.4/2000/9, parágrafos 134 e seguintes), o Relator Especial havia informado o Governo do Brasil de que vinha recebendo informações segundo as quais a polícia rotineiramente espancava e torturava suspeitos de crimes para extrair informações, confissões ou dinheiro. O problema da brutalidade policial, quanto da prisão ou durante o interrogatório, segundo os relatos, seria endêmico.[...];

Na parte conclusiva, o relatório consigna o seguinte:

- O treinamento e profissionalismo da polícia* e de outros responsáveis pela detenção é normalmente inadequado, *alguns a ponto da não existência*. A cultura da brutalidade, e freqüentemente corrupção, é disseminada;
- [...] a influência de um período de governo militar, de 1964 a 1985, caracterizado por tortura, desaparecimentos forçosos e execuções extra legais, ainda paira sobre a atual administração democrática [...];
- Existe uma inquietação pública generalizada acerca do nível de criminalidade comum, *o que gera um senso de insegurança pública amplamente difundido* que, por sua vez, resulta em demandas por parte de alguns políticos e partidos políticos, de explorar esse medo para fins eleitorais;
- Entretanto, o Relator Especial tem a impressão de que as pessoas que atualmente ocupam o poder na esfera federal, bem como na esfera dos estados por ele visitados, estavam dispostos a *adotar um discurso que afirmasse princípios do Estado de Direito e dos Direitos Humanos*. Alguns, muitas vezes exibindo uma corajosa liderança política, claramente se mostraram comprometidos com o

aperfeiçoamento dos aparelhos corruptos e violentos de aplicação da lei que haviam herdado de governos de governos anteriores (ver parágrafo 61). Outros, no entanto, pareceram menos dispostos a traduzir a retórica em ação (ver parágrafo 52);

- A Lei sobre Tortura é praticamente ignorada, sendo que os promotores e juízes preferem usar as noções tradicionais e inadequadas de abuso de autoridade e lesão corporal [...];

- A assistência judiciária gratuita, principalmente no estágio inicial de privação de liberdade, é uma ilusão para a maioria dos 85% das pessoas que se encontram nessa condição e que necessitam de tal assistência. Isto se deve ao limitado número de defensores públicos. *Além disso, em muitos estados, os defensores públicos (São Paulo é uma notável exceção) são tão mal remunerados em comparação com os promotores que seu nível de motivação, comprometimento e influência é muitíssimo deficiente, bem como sua capacitação e experiência.* ;

- A capacitação e o profissionalismo da polícia e de outros quadros de pessoal responsáveis pela custódia de pessoas são, muitas vezes inadequados. Alguns, a ponto de não existirem. Uma cultura da brutalidade, e muitas vezes corrupção, é generalizada. Os poucos suspeitos ricos, se privados de liberdade em absoluto ou até condenados, podem comprar tratamento e condições de detenção toleráveis ou, no mínimo, menos intoleráveis do que muitos que são pobres e geralmente negros ou mulatos [...];

- O Relator Especial sente-se compelido a observar a intolerável agressão aos sentidos encontrada na maioria dos locais de detenção, principalmente nas carceragens policiais visitadas, agressão para a qual o Relator Especial não tem palavras para expressar. O problema não foi atenuado pelo fato de as autoridades muitas vezes estarem cientes e o haverem advertido das condições que descobriria. O Relator Especial só pôde concordar com a afirmação comum que ouviu daqueles que se encontravam amontoados do lado de dentro das grades, no sentido de que "eles nos tratam como animais e esperam que nos comportemos como seres humanos quando sairmos".

Na final, de recomendações, o Relator formulou as seguintes, cujo critério de transcrição que ora procedemos seguem o mesmo diapasão das anteriores.

- É preciso que os líderes políticos tomem medidas vigorosas para agregar credibilidade a tais declarações e deixar claro que a cultura de impunidade precisa acabar. Além de efetivar as recomendações que se apresentam a seguir, essas medidas deveriam incluir visitas sem aviso prévio por parte dos líderes políticos a delegacias de polícia, centros de detenção pré-julgamento e penitenciárias conhecidas pela prevalência desse tipo de tratamento;
- Deveriam ser adotadas medidas no sentido de assegurar que os visitantes a carceragens policiais, centros de *prisão provisória* e *penitenciárias sejam sujeitos a vistorias de segurança que respeitem sua dignidade*;
- Nenhuma declaração ou confissão feita por uma pessoa privada da liberdade que não uma declaração ou confissão feita na presença de um juiz ou de um advogado deveria ter valor probatório para fins judiciais, salvo como prova contra as pessoas acusadas de haverem obtido a confissão por meios ilícitos. O Governo é convidado a considerar urgentemente a introdução da gravação em vídeo e em áudio das sessões realizadas em salas de interrogatório de delegacias de polícia;
- Deveria haver um número suficiente de defensores públicos para garantir que haja assessoramento jurídico e proteção a todas as pessoas privadas de liberdade desde o momento de sua prisão;
- *É preciso providenciar, urgentemente, capacitação básica e treinamento de reciclagem para a polícia, o pessoal de instituições de detenção, funcionários do Ministério Público e outros envolvidos na execução da lei, incluindo-se temas de direitos humanos e matérias constitucionais, bem como técnicas científicas e as melhores práticas propícias ao desempenho profissional de suas funções.*
- O Governo deveria considerar séria e positivamente a aceitação do direito de petição individual ao Comitê contra a Tortura, mediante a declaração prevista nos termos do Artigo 22 da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Punições Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

Os destaques que procedemos dizem respeito aos itens do relatório relacionados com a falta de capacitação e profissionalismo dos policiais, que somados ao desestímulo à natureza da atividade policial e a falta de condições eficientes para o desempenho do trabalho, formam o objeto da nossa pesquisa empírica, como se verá adiante, com o que não estamos, absolutamente,

retirando ou diminuindo a importância dos demais fatores que estimulam a permanência da tortura no nosso meio.

No que diz respeito à natureza da atividade policial, temo-lo como uma variável que não deve, absolutamente, ser desprezada no contexto dos fatores que implementam a prática da tortura.

Partindo de sua inserção profissional, o agente da polícia assume uma posição social em que sua relação com os indivíduos se estabelece numa zona de ambigüidade, em que ele é ao mesmo tempo protetor e repressor, temido e desejado. Tal inserção se manifesta nas atitudes policiais em dificuldades de relacionamento externa, freqüentemente expressas na idéia de que a polícia não é para ser gostada, mas respeitada e talvez temida.

Tratando desse questão, Marcos Luiz Bretas e Paula Poncioni²⁴⁴ lembra que "as dificuldades surgem igualmente nos problemas encontrados para a formação de relações conjugais estáveis, que se adaptem a uma percepção bastante particular de masculinidade". E continuam:

Se essa é a atitude para fora, internamente a relação entre os policiais também apresenta uma série de problemas: a administração conjunta de situações de perigo produz e exige solidariedade, mas, ao mesmo tempo, a gestão da autoridade e a disputa profissional se dão num clima de forte desconfiança e com um forte sentido de competição, consubstanciados na necessidade de maioria dos policiais de fundar sua área de competência própria, que não ode e não deve ser compartilhada

Mas a natureza competitiva do trabalho policial, segundo os aludidos autores, gera uma parte da forma dos policiais verem o mundo, na medida em que seus contatos com a realidade também são marcados pelos aspectos negativos da existência, ou seja, dos grandes crimes às pequenas fraquezas, e

²⁴⁴ DULCE, Chaves Pandolfi et al. (Org) **Cidadania Justiça e Violência**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 149.

a imagem que terminam conservando da natureza humana é extremamente depreciativa, e, em segunda instância, desiludida ou cínica.

Fundado nessa experiência, o policial constrói uma visão do mundo e da sua tarefa que incorpora uma série de atributos comuns, entre as quais estariam, aduzem os autores²⁴⁵, citando Buckner: "a dissimulação, a solidariedade, a desconfiança, a astúcia e o conservadorismo".

Os autores reconhecem que tais elementos não são únicos e exclusivos da profissão policial, entretanto, concordam em afirmar que são comuns na polícia, dada a natureza do trabalho e o ambiente organizacional policial "constituírem um universo propício para sua manifestação".

O aparelho policial assim, enquanto espaço de realização de determinadas funções socialmente definidas, notadamente aquelas que direta e concretamente exprimem o exercício do monopólio legítimo da violência detido pelo Estado, produz e reproduz o conjunto de representações presentes em outros grupos profissionais, muitas vezes de forma exacerbada, em decorrência da sua própria função, sendo produzidas também reações e projetos alternativos.

Policiais confrontados com a sordidez da responsabilidade / sociedade em que vivem podem reagir de diferentes formas, seja pela aceitação cínica, seja pelo intenso desajuste, seja ainda por uma vontade quase messiânica de transformar o mundo, pela ação ou pelas armas²⁴⁶.

No acervo de práticas utilizadas na rotina de trabalho da organização policial as atitudes de desconfiança manifestam-se acompanhadas pela hostilidade do policial com relação à população ; sua experiência quotidiana lhe mostra que a sociedade é um lugar ruim, e tudo de que ele compartilhar poderá ser usado contra ele.

²⁴⁵ Idem, ibidem, p. 151.

²⁴⁶ Idem, ibidem p. 152.

Vários dos depoimentos colhidos na nossa pesquisa demonstram essa colocação. Um dos Delegados entrevistados chegou dizer que

com o tempo agente termina achando que todo mundo é criminoso. Quanto vou a um banco tirar dinheiro, ou estou num bar me divertindo, ou mesmo numa festa qualquer, sempre dou de cara com um bandido, por isso sou forçado a andar sempre armado, o tempo todo. As pessoas não se dão conta do assaltante do bando ou do batedor de carteira porque não estão no meio, mas nós não. Não é uma vida boa, pois quase não conseguimos relaxar quanto precisamos

As colocações de Bretas e Poncioni são, portanto, absolutamente procedentes, e não devem ser desprezadas de qualquer análise que se faça sobre a Tortura, pois certamente ela também é fruto dessa visão distorcida (?) do policial, que tende a achar que a violência se combate com a violência e que "direito de bandido é pau", jargões que comumente ouvimos transitar no meio policial.

3.5- **AS QUESTÕES ÉTICA E MORAL QUE ENVOLVEM A TORTURA**

Dizer que a questão ética é uma das principais que envolvem o fenômeno da tortura, isso soa evidente, na medida em que, tudo o que até aqui foi colocado sobre ela (a tortura) estaria de certa forma resolvido se tivéssemos uma resposta razoavelmente convincente para a seguinte pergunta: por que não admitir-se a tortura? ou, inversamente: por que admiti-la?

Se, todavia, refletirmos mais um pouco, notaremos que os problemas não estariam de fato resolvidos com a obtenção da resposta à questão ou questões mencionadas, pois sempre haveria quem formulasse uma terceira indagação, menos extremada e muito mais complexa de resolução, qual seja: por que não admitirmos a tortura apenas em algumas circunstâncias?

Para completar nosso infortúnio, alguém poderia ainda questionar por que, afinal, estaríamos colocando a questão da tortura como sendo ética e não moral?

Atender de forma satisfatória a todas essas interrogações é tarefa de consumir a saúde e a existência, ao cabo das quais, ainda assim, nunca teríamos certeza de que as nossas conclusões estariam de fato corretas, senão sob a perspectiva que tivéssemos elegido como parâmetro para sustentar as suas construções, com o que, certamente, muitos dos nossos fictícios interrogantes ficariam frustrados.

Mas! Como temos de ir a busca de respostas, pois a isso nos propomos nesse trabalho, que fiquem bem claros os parâmetros utilizados nas suas construções.

A primeira das questões que nos parece deva ser enfrentada é sobre a distinção entre ética e moral, pois com a sua resolução estaremos fixando o norte que iremos seguir para nos acercar das demais.

De antemão é preciso que se diga que entre os filósofos e, regra geral, entre todos que tratam do assunto, exceto quanto ao fato de que os termos "ética" e "moral" têm origens etimológicas diferentes, o que encontramos a respeito é de uma heterogeneidade impressionante, como veremos.

Etimologicamente a palavra Ética tem procedência grega e Moral vem do latim, de modo que, no que diz respeito à filologia, os termos guardam diferença entre si, do que ninguém discorda ou poderia discordar.

Com relação a essa questão, Saldanha²⁴⁷ nos diz o seguinte:

ética, de *ethos*, é termo de origem grega, e no pensamento grego manteve em sua amplitude o lastro etnográfico mas ao mesmo tempo

²⁴⁷ SALDANHA, Nelson. **Ética e História**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 6.

metafísico de sua raiz. E que moral, de *mos*, *mores*, é termo de origem latina, que na Roma antiga permaneceu próximo do sentido originário, mas que no vocabulário moderno adquiriu sentido específico, ligado à idéia de dever e a outros conceitos formais.

Imaguire²⁴⁸, por seu turno, no mesmo sentido, explica que "Ética" vem do grego, "ethos", e significa hábito. "Moral" vem do latim, "mores" e significa hábito, costumes. Ou seja, do ponto de vista puramente filológico não haveria motivo para se distinguir as duas expressões "a não, é claro, que se faça estudos filosóficos muito precisos e se estude a diferença entre o significado de "ethos" para os gregos e "morus" para os latinos".

Tugendhat²⁴⁹, em "Lições sobre Ética", trata indiferentemente os termos, o mesmo acontecendo com Freitag²⁵⁰ e Mondin²⁵¹

No pertinente à heterogeneidade que mencionamos, Imaguire²⁵² consegue reduzir a coisa toda de forma bem interessante, até com certa jocosidade. Assim é que, após opinar, sem discrepância, sobre a identidade etimológica entre os termos "Ética" e "Moral", esclarece o seguinte :

Fato é que mesmo no mundo filosófico existe um certo caos terminológico neste respeito. Especialmente na tradição teológica: O que os protestantes chamam de ética, os católicos chamam de moral. Em geral, procura-se seguir a seguinte distinção: enquanto a moral é uma ciência descritiva (descreve como os seres humanos de uma determinada cultura de fato agem) a ética é normativa (ela determina com eles deveriam agir). Dando um exemplo: sair nu pela Avenida Paulista seria imoral (em geral não se faz isso), mas não anti-ético (afinal, não se está fazendo mal a ninguém). Mas [...] nem todos os filósofos fazem tal distinção. O grande Kant, por exemplo, tende a usar "moral" no sentido que aqui explico como "ética"! Portanto: sempre devemos observar de quem se está falando.

²⁴⁸ IMAGUIRE, Phil Guido. Filósofos:ética e moral. Disponível em <http://www.filosofos.com.br/tema_etica.htm> Acesso em: 22. dez. 2002.

²⁴⁹ TUGENDHAT, Ernest. **Lições sobre Ética**. Petrópolis: Vozes, 1996.

²⁵⁰ Ob. cit.

²⁵¹ MONDIN, Battista. **Introdução à Filosofia**: problemas, sistemas, autores, obras. São Paulo: Paulus, 1980.

²⁵² Página cit.

Além disso, explica:

as coisas não são tão fáceis como na distinção proposta: o que em geral não se faz numa sociedade pode ser prejudicial e assim talvez automaticamente anti-ético (a nudez na Avenida Paulista poderia estar pervertendo adolescentes, levando-os para um "mau caminho", por exemplo, e isto já seria anti-ético). Além disso chama-se ética, em geral, diferindo novamente da moral, a ciência que trata apenas do conhecimento natural (não aquele revelado por Deus na Bíblia) sobre o Bem e o Mal. Ou seja, um ateu deveria por si só, sem crer na Bíblia, saber o que é Bem e o que é Mal. A ética basearia portanto apenas na capacidade individual e natural da razão.

Do que até aqui foi dito já podemos tirar, pelo menos, a seguinte conclusão: Se pretendermos diferenciar "Ética" da "Moral", haveremos de dizer sob a perspectiva de quem (normalmente algum filósofo) ou de qual sistema de idéias estamos baseando a nossa opção de distinguir.

Nesse aspecto, o nosso caminho é de aceitar alguma distinção entre os termos, pois nessa distinção estará o alicerce teórico das nossas respostas às questões suscitadas.

Note-se que a idéia não é de se fazer uma distinção propriamente dita, mas alguma distinção, como o faz Paul Ricoeur²⁵³, nos seguintes termos:

É preciso distinguir entre moral e ética? A dizer a verdade, nada na etimologia ou na história do uso das palavras o impõe: uma vem do grego, a outra do latim, e ambas remetem à idéia de costumes (*ethos*, *mores*); pode-se, todavia, discernir uma nuance, segundo se ponha o acento sobre o que é *estimado bom* ou o que se *impõe como obrigatório*. É por convenção que reservarei o termo "ética" para a intenção de uma vida realizada sob o signo das ações estimadas boas, e o termo "moral" para o lado obrigatório, marcado por normas, obrigações, interdições caracterizadas ao mesmo tempo por uma exigência de universalidade e por um efeito de constrição.

²⁵³ RICOEUR, Paul. **Em Torno ao Político**. São Paulo: Edições Loyola, 1995, p.161.

Após promover essa distinção pela nuance, Ricoeur nos alerta sobre o fato de que nela poderemos identificar duas heranças:

a herança aristotélica, na qual a ética é caracterizada por sua perspectiva *teleológica* (de *telos*, significando "fim"); e de uma herança kantiana, na qual a moral é definida pelo caráter de obrigação da norma, portanto por um ponto de vista *deontológico* (*deontológico* significando precisamente "dever").

Um outro filósofo que compartilha da distinção entre "Ética" e "Moral" é Comte-Sponville²⁵⁴, para quem Ética

"é tudo aquilo que fazemos por desejo ou por amor (como em Spinoza), ou seja, de forma espontânea, sem nenhuma coação outra que aquela da adaptação ao real. A moral ordena; a ética aconselha. A moral responde à pergunta: "o que devo fazer? " a ética, à pergunta: "como devo viver"

Para completar o nosso arcabouço teórico de sustentação das respostas que advirão, resta-nos tecer algumas palavras sobre o que seja "dignidade", a qual, colada ao ser humano, é referenciada pela Constituição de 1988 como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito²⁵⁵.

Segundo Sarlet²⁵⁶, a dignidade da pessoa humana está virtualmente ligada aos direitos humanos, não havendo dissenso com relação a isso. Entretanto, além daí, inclusive no que diz respeito à própria compreensão do conteúdo e significado da dignidade da pessoa humana para a ordem jurídica, trata-se de tema polêmico e que tem ensejado farta discussão no plano doutrinário e jurisprudencial.

²⁵⁴ COMTE-SPONVILLE, André. Apud La Taille, Yves de. **Vergonha: a ferida moral**, Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2002, p. 30.

²⁵⁵ Constituição Federal de 1988. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: inc. III - a dignidade do ser humano.

²⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. na constituição federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 27.

A questão é de acolher-se ou não a idéia de que a dignidade é atributo intrínseco ao ser humano, de modo que pelo simples fato de ser humano, a dignidade lhe estaria ínsita. Disso derivará duas conclusões fundamentais: Uma, do bloco dos que entendem a dignidade como atributo intrínseco do ser humano, e a outra, dos que admitem a hipótese de que a dignidade possa ser descolada do homem, e se afigura, destarte, como algo independente deste.

Os filiados da primeira hipótese haverão de concluir, necessariamente, que não importa o quão ímpio, perverso, miserável ou abjeto seja uma pessoa, mas pelo simples fato de ser uma pessoa, um ser humano, é possuidor de dignidade, de modo que deverá, a despeito de tudo, ser respeitado enquanto homem, e apenas por tal, digno.

Os da segunda corrente, por conceberem a dignidade como alguma coisa possível de ser descolada do ser humano, não a atribuem a este com algo intrínseco, na exata medida em que para tanto, sempre haverá a necessidade do requisito que lhe antecede, que é o merecimento.

Sobre o que vem a ser a dignidade na sua essência, é assunto que demandaria uma longa história, que não vem ao caso agitar, bastando quanto a isso salientar que nos dias de hoje, segundo Sarlet²⁵⁷, a doutrina jurídica mais expressiva - nacional e alienígena - identifica as bases de uma fundamentação, e, de certa forma, de uma conceituação da dignidade da pessoa humana no pensamento de Kant, para quem o agir moral é o agir segundo máxima que estabelece que temos de tratar seres racionais, e seres humanos em particular, como fins; "fins em si mesmos", ou seja, reconhecer-lhes a dignidade pelo simples fato de serem homens, a despeito. Eis as suas palavras, nesse sentido:

O homem é deveras bastante ímpio, mas a humanidade em sua pessoa tem que ser santa. Em toda a criação tudo o que se queira e sobre o que se exerça algum poder também pode ser usado

²⁵⁷ Idem, ibidem, p. 34

simplesmente como meio; somente o homem, e com ele cada criatura racional, é fim em si mesmo. Ou seja, ele é sujeito da lei moral, que é santa em virtude da autonomia de sua liberdade. Por causa dela justamente toda vontade, mesmo a vontade própria de cada pessoa voltada para si mesma, é limitada à condição da concordância com a autonomia do ente racional, ou seja, de não se submeter a nenhum objetivo que não seja possível segundo uma lei que pudesse surgir da vontade do próprio sujeito que a padece²⁵⁸

, na medida em que foi Kant quem sustentou que agir moralmente é agir segundo máxima que estabelece que temos de tratar seres racionais, e seres humanos em particular, como fins; "fins em si mesmos".

Por conseguinte, o imperativo categórico Kantiano, segundo Walker²⁵⁹, pode ser formulado da seguinte maneira: "Age de tal maneira que trates a humanidade, em tua própria pessoa e na pessoa de cada outro ser humano, jamais meramente como um meio, porém sempre ao mesmo tempo como um fim".

Após essa definição que nos é apresentada por Kant, diz-nos Sarlet²⁶⁰ que mesmo considerando a existência de diversos autores de renome, tais como Marx, Merleau-Ponty e Skinner, que tenham negado qualquer tentativa de fundamentação religiosa ou metafísica da dignidade humana da pessoa humana, bem como apesar das desastrosas experiências pelas quais tem passado a humanidade, de modo especial no decorrer do assim intitulado "breve século XX",

o fato é que esta - a dignidade da pessoa humana - continua, talvez mais do que nunca, a ocupar um lugar central no pensamento filosófico, político e jurídico, como valor fundamental da ordem jurídica, para expressivo número de ordens constitucionais, pelo menos as que nutrem a pretensão de constituírem um Estado Democrático de Direito."

²⁵⁸ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Tradução com introdução e notas de Valério Rohden baseada na edição original de 1788. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.p 141-142.

²⁵⁹ WALKER, Ralph. **Kant e a Lei Moral**. Tradução de Oswaldo Giacóia Júnior. São Paulo: Editora UNSP, 1999, p..

²⁶⁰ Ob.cit. p. 35.

A nossa Constituição de 1988 então, ao fixar a dignidade da pessoa humana como valor fundamental, seguiu na esteira Kantiana, de modo que , nas palavras do mesmo Sarlet²⁶¹, "não se pode olvidar que a dignidade - ao menos de acordo com o que parece ser a opinião majoritária - independe das circunstâncias concretas, já que inerente a toda e qualquer pessoa humana, visto que, em princípio, todos - mesmo o maior dos criminosos - são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas - ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmas."

Não é outro o entendimento da Declaração Universal da ONU, segundo o qual, como vimos, "todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade", preceito que, de certa forma, revitalizou e universalizou, após a barbárie na qual mergulhou a humanidade na Segunda Guerra Mundial, as premissas basilares da doutrina Kantiana.

Feiras essas considerações, estamos prontos para tentar responder às perguntas dos nossos fictos interrogantes. Quanto a primeira, por que não se deve admitir a tortura? Respondemos: Não só pelo simples fato da Constituição ter erigido-a à categoria de crime, mas antes de tudo pelo princípio maior que a isso subjaz, que é o do respeito à dignidade da pessoa humana, que exige de todos nós o dever racional de obediência, independentemente da existência de qualquer norma legal nesse sentido.

Quanto à segunda, por que não admiti-la em algumas circunstâncias, responderíamos: Porque o princípio maior da dignidade não admite exceção, por ser inerente ao ser humano, ainda que se trate do mais vil dos homens.

²⁶¹ Idem, ibidem p. 42

Sobre se a questão da tortura deve ser vista como uma questão de "Moral" ou de "Ética", a resposta é: por ambas, pois se admitirmos, como admitimos, que o ético tem a ver com o que se faz sob o signo das ações estimadas boas, ou seja, por uma perspectiva teleológica (Ricoeur), o problema da tortura será um problema ético, justificável ou não pelos fins a que visa. Nos termos colocados por Compte-Sponville, não se trata aqui de responder ao que devo ou não fazer diante da tortura (o que seria uma questão moral), mas sim como devo viver. Assim, a tortura será ou não justificada a depender da forma de vida ou de convivência que se faça opção.

O problema da tortura será um problema moral, no sentido que atribuímos a este termo, se vista sob a ótica do dever enquanto ação obrigatória marcada por normas ou interdições caracterizadas ao mesmo tempo por uma exigência de universalidade e por um efeito de constrição (Ricoeur); ou, na perspectiva de Compte-Sponville, quando a questão é tratada sob o julgo de alguma coação.

Antes de encerrarmos esta parte do trabalho, gostaríamos de fazê-lo com mais algumas colocações que agora nos parece mais apropriado fazê-lo do que em momento anterior, quando ainda não havíamos exposto nada sobre as questões da moral e da ética em derredor da tortura.

É comum condenar-se a tortura com juízos éticos e morais. Segundo Gaspari²⁶²

de todas as linhas de resistência a essa praga, a corrente moral é provavelmente a que exerce maior atração, mas também a de influência menos mensurável. Ela enobrece a militância da denúncia, mas se tem a capacidade de mobilizar sentimentos, é ineficaz quando se trata de conter o presidente, ministro ou general que já atravessou a linha divisória da moralidade. Dado esse passo, a questão ética torna-se irrelevante. Para a maioria das pessoas a tortura é condenável por imoral, mas é a minoria que despreza esse aspecto quem a põe em funcionamento.

²⁶² GASPARI, Elio. **A Ditadura Escancarada**. Cit. p. 18.

Arendt, referindo-se sobre a personalidade de Adolf Eichmann, torturador, expressou-a de uma forma tão peculiar que merece ser transcrita. "O problema com Eichmann era exatamente que muitos eram como ele, e muitos não eram nem perversos nem pervertidos, nem sádicos, mas eram e ainda são terrível e assustadoramente normais".

-CAPÍTULO 4 -A PESQUISA EMPÍRICA -

SUMÁRIO: Introdução; 4.1 - Elaboração dos instrumentos de coleta de dados; 4.2 - Do Universo da amostra ; 4.3 - Perfil dos grupos entrevistados ; 4.4 - Análise dos dados coletados ; 4.5 - Considerações finais sobre a pesquisa.

INTRODUÇÃO

Já tivemos oportunidade de fazer alusão²⁶³ sobre a pesquisa empírica do tipo levantamento, empreendida no trabalho.

A necessidade de recorrermos a esse tipo de pesquisa, pouco usual no campo do direito, onde normalmente se opta por aquelas que se utilizam das chamadas fontes de "papel", ou seja, dos tipos de pesquisa bibliográfica e documental²⁶⁴, deveu-se da imposição mesma para implementarmos a contento uma parte da proposta do trabalho, na qual seria imprescindível colher-se a opinião sobre a tortura de certos grupos de pessoas que representassem os atores do inquérito policial e a sociedade.

De um lado, representando a Polícia Judiciária, optamos por formar um grupo composto de Delegados de Polícia; de outro, representando os indiciados ou investigados, optamos por formar um grupo de pessoas já condenadas; por fim, representando a sociedade, um grupo heterogêneo de pessoas da sociedade, ou seja, formado por pessoas de diversas idades, classes sociais, categorias profissionais etc.

A escolha dos condenados como representante dos indiciados em inquérito policial deveu-se à circunstância de que, pelo fato de tratarem-se de pessoas que já se encontram irrecorrivelmente condenadas, as suas opiniões seriam menos contaminadas do que se optássemos pela inquirição de um grupo formado por pessoas que ainda estivessem submetidas à investigação do inquérito policial ou a processo penal, dado o evidente interesse das

²⁶³ Na introdução geral.

²⁶⁴ GIL, Antônio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. Ob. cit. p. 49.

mesmas em escamotear informações. Associado a isso levamos em consideração o fato de que, afinal, os condenados eram pessoas que haveriam de ter passado pelo crivo do inquérito policial, pelo menos na grande maioria dos casos.

A escolha dos grupos foi efetivada também em função de algumas das perguntas que serviram de norte para o trabalho, consoante exposto na introdução geral, das quais se destacam, para o que ora nos interessa, as seguintes:

- a) Se, e em que medida as opiniões do nosso Delegado interlocutor seriam compartilhadas pelos seus colegas Delegados?
- b) Se, e em que medida a sociedade estaria a favor da tortura?
- c) A polícia judiciária, aos olhos das respectivas autoridades policiais e da sociedade, poderia gozar de respeito perante a população sem o uso da violência e da tortura?
- g) Em que medida a vocação e a qualificação profissional do agente policial pode ser fator determinante da prática da tortura?
- h) Quais as limitações da via repressiva legal no combate à tortura na atividade policial investigativa?

Por fim, a escolha dos grupos foi feita em razão dos seguintes interesses: Verificar se a opinião do nosso Delegado interlocutor representava, e em que medida, o pensamento da categoria. Verificar se a sociedade, tal qual afirmado pelo nosso interlocutor, é a favor da tortura "em certas circunstâncias"; obter informações dos condenados sobre a tortura, cuja opinião passou a nos interessar como forma de ouvirmos o outro lado, ou seja, as supostas vítimas da tortura; por fim, colher informações da sociedade sobre esses mesmos itens.

4.1 ELABORAÇÃO DOS INSTRUMENTOS DE COLETA DE DADOS

Para a coleta de dados nos levantamentos empreendidos na pesquisa utilizamos os instrumentos da entrevista e do questionário, sendo que o primeiro foi aplicado com os Delegados e Condenados, em razão da necessidade de um contato mais direto com esses grupos, a fim de garantir

maior validade e fidedignidade dos dados coletados²⁶⁵ e, conseqüentemente, da pesquisa; e o questionário foi aplicado ao grupo denominado "pessoas diversas", pelo fato do pouco comprometimento que envolvia as respostas em relação aos seus integrantes.

Os roteiros de entrevista e os questionários foram elaborados de acordo com as recomendações de Parker e Rea²⁶⁶, das quais fugimos tão somente no relativo à quantidade de itens a serem inseridos, já que aproveitamos da oportunidade para coletar uma quantidade de dados bem maior do que a que seria necessária para este trabalho, com o propósito de realização de outro empreendimento que almejamos.

As perguntas foram formuladas com o cuidado necessário para não suscetibilizar os entrevistados, embora sem prejuízo da sua essencial clareza.

O formato das perguntas foi predominantemente do tipo fechado, para facilitar comparação entre os entrevistados, embora tivéssemos eventualmente aplicado perguntas abertas.

Procuramos, tanto quanto possível, formular as mesmas perguntas nas entrevistas e nos questionários, exceto quando as respostas perseguidas eram peculiares a cada grupo.

Como a idéia era colher dos entrevistados não só suas opiniões com relação à tortura de uma maneira geral, mas especificamente nas situações expostas nos dois casos narrados pelo nosso Delegado interlocutor²⁶⁷, fizemos constar os mesmos casos nos questionários e no roteiro das entrevistas, tal qual nos foram passados, de modo que pudéssemos obter dos entrevistados respostas sobre a tortura em dois momentos: antes e depois de lhe serem apresentadas as situações específicas de cada um dos casos.

4.2 - DO UNIVERSO DA AMOSTRA

²⁶⁵ RUDIO, Fanz Victor. **Introdução ao Projeto de Pesquisa Científica**. 29.ed. Petrópolis: Vozes, 1986, p. 114.

²⁶⁶ PARKER, Richard A.; REA, Louis M. **Metodologia de Pesquisa**. São Paulo: Pioneira, 2000, pp. 39-75.

²⁶⁷ As ocorrências relatadas encontram-se descritas na introdução geral do trabalho.

O universo das amostras foi estabelecido de acordo com a disponibilidade que, nos termos da classificação de Selltitz, citado por Rudio²⁶⁸, guarda o perfil da amostra do tipo não-probabilística acidental.

Segundo o aludido autor²⁶⁹, na amostra do tipo não-probabilística acidental

consideram-se apenas os casos que vão aparecendo e continua-se o processo até que a amostra atinja determinado tamanho. Assim, por exemplo, um jornalista que deseja saber o que o "povo" pensa a respeito de determinada questão determina quantas pessoas quer entrevistar e depois indaga a motoristas de táxi, barbeiros e outras pessoas que, supostamente, refletem a opinião pública até completar o número determinado

O número de delegados entrevistados foi de 30, numa população de 458²⁷⁰; o de condenados foi igualmente de 30, numa população estimada de 300, e a composição do grupo denominado "pessoas diversas" foi de 100 pessoas.

A razão de estarmos apenas estimando a população do grupo "condenados", advém do fato dos entrevistados terem sido escolhidos dentre os praticantes de latrocínio (roubo seguido de morte) e de não haver na Penitenciária visitada²⁷¹ uma divisão específica dos condenados por este tipo específico de delito, que fica incorporado ao crime de roubo de uma forma geral, cujo número total de condenados, à época da visita, era de 300, consoante dados fornecidos pela Diretoria da instituição.

²⁶⁸ RUDIO, Fanz Victor, ob. cit. p.63.

²⁶⁹ Idem, ibidem, p. 63.

²⁷⁰ Este era o número de Delegados de carreira existente no Estado da Bahia à época, consoante informação colhida no jornal da mídia.com, disponível em <<http://www.jornaldamidia.com.br/noticias/Acadepolformanovaturmade.shtml>>, consultada em: 26 abril, 2002.

²⁷¹ A Penitenciária foi a Lemos de Brito, localizada em Salvador, cuja população carcerária total na época da visita era de 1200 presos. Por se tratar de uma Penitenciária masculina, todos os entrevistados foram do século masculino.

4.3 - PERFIL DOS GRUPOS ENTREVISTADOS

Os perfis dos grupos podem ser visualizados a partir das tabelas que seguem:

TABELA 01: PERFIL DO GRUPO "DELEGADOS "

ENTREVISTADOS	FREQUENCIA	PORCENTAGEM
LOCAL DE TRAB.		
CAPITAL	15	50%
INTERIOR	15	50%
TOTAL	30	100%
SEXO		
MASCULINO	14	47%
FEMININO	16	53%
TOTAL	30	100%
FAIXA ETÁRIA		
até 25 anos	1	3%
de 26 a 35	4	13%
de 36 a 40	7	23%
de 41 a 50	10	33%
de 51 a 60	7	23%
acima de 60	1	3%
TOTAL	30	100%
TEMPO DE PROFISSÃO		
MENOS DE 02 ANOS	3	10%
DE 2 A 5 ANOS	0	0%
DE 6 A 10 ANOS	12	40%
ACIMA DE 10 ANOS	15	50%
TOTAL	30	100%

Fonte: Dados da pesquisa

A escolha dos sujeitos do grupo em questão foi havida de acordo com a disponibilidade; e de todas as amostras, esta foi, seguramente, a que demandou maior dificuldade para atingir o número almejado de entrevistados, ante a natural resistência que encontramos por parte de alguns Delegados em falar sobre o tortura de maneira descontraída, como era do nosso desejo e necessidade. Em razão disso, nem sempre encontramos as portas abertas para o empreendimento, cuja meta felizmente foi atingida nos termos planejados, graças a colaboração de boa parte dos delegados que entenderam

de pronto o propósito do trabalho e acreditaram na probidade do entrevistador quanto ao sigilo das informações, o que agradecemos.

TABELA 02: PERFIL DO GRUPO "CONDENADOS "

ENTREVISTADOS	FREQUENCIA	PORCENTAGEM
SEXO		
MASCULINO	30	100%
FEMININO	0	0%
TOTAL	30	100%
ESTADO CIVIL		
CASADO	8	27%
SOLTEIRO	22	73%
DIVORCIADO	0	0%
SEPARADO	0	0%
TOTAL	30	100%
FAIXA ETÁRIA		
ATÉ 25	2	7%
26 A 35	18	60%
36 A 40	3	10%
41 A 50	6	20%
51 A 60	1	3%
ACIMA DE 60	0	0%
TOTAL	30	100%
ANOS DE CONDENAÇÃO		
ATÉ 10 ANOS	0	0%
DE 10 A 20	8	27%
DE 21 A 30	20	67%
DE 31 A 40	1	3%
DE 41 A 50	0	0%
MAIS DE 51	1	3%
TOTAL		100%
TEMPO DE PENA CUMPRIDO		
até 05 ANOS	6	20%
de 05 e 1 mês a 10	8	27%
de 10 e 1 mês a 15	13	43%
de 15 e 1 mês a 20	2	7%
de 20 e 1 mês a 25	1	3%
TOTAL	30	100%
GRAU DE ESCOLARIDADE		
Não alfabetizado	3	10%
Assina o nome	10	33%
Primário	13	43%
GRAU DE ESCOLARIDADE	FREQÜENCIA	PORCENTAGEM

Secundário	04	13%
Universitário	0	0%
TOTAL	30	100%

Fonte: Dados da pesquisa

Como já mencionamos anteriormente, este grupo foi composto apenas por pessoas do sexo masculino, pelo fato da instituição prisional visitada ser exclusivamente para homens.

O estado civil dos entrevistados teve como fonte as informações prestadas por eles próprios, que não foram objeto de nossa confirmação com a consulta de suas fichas no presídio, valendo destacar que muitos deles, sobretudo no que diz respeito a diferenciar as situações de convivente e de formalmente casado, mostraram-se confusos.

Como se pode observar da tabela, a maioria dos entrevistados tinha mais de oito anos de pena cumpridos.

As condenações foram impostas sob o regime prisional inicial do tipo fechado. Não obstante, alguns dos condenados já haviam galgado os benefícios de regimes prisionais menos severos, em razão do tempo de pena cumprido e atenderem aos demais requisitos legais para tanto.

A maioria dos condenados, ou seja, 86%, tinham o nível primário, apenas assinam o nome ou são analfabetos.

As entrevistas foram realizadas em saletas localizadas em cada um dos pavilhões onde se encontravam os condenados, que na medida em que iam sendo solicitados, de um a um, eram conduzidos para a entrevista.

A Penitenciária é dotada de quatro pavilhões, onde os presos ficam distribuídos de acordo com critérios estabelecidos pela administração.

Os entrevistados eram previamente consultados sobre se estariam dispostos a conceder a entrevista, tendo havido algumas recusas.

Para evitar a contaminação das informações, solicitamos da administração do Presídio que nos identificasse aos entrevistados apenas como pesquisador, pois a revelação da nossa condição de magistrado certamente induziria respostas menos sinceras.

No início das entrevistas foi uma constante a curiosidade e preocupação dos entrevistados sobre a finalidade da entrevista, do seu sigilo e em que medida poderiam ser ajudados por ela, ao que respondíamos se tratar de um levantamento sobre as suas opiniões em torno da violência da polícia civil, notadamente sob a forma de prática da tortura, e a absoluta discrição em torno das informações que iriam prestar.

A maioria iniciou a entrevista de forma desconfiada, mas ao longo da mesma invariavelmente a desconfiança era dissipada e as informações fluíram abertamente.

Durante as entrevistas houve queixa generalizada no sentido de não lhes ter sido garantido defesa justa na ocasião do processo, alguns mesmo chegando a informar que sequer tiveram um contato direto com seu defensor.

TABELA 03: PERFIL DO GRUPO "PESSOAS DIVERSAS"

ENTREVISTADOS	FREQUENCIA	PORCENTAGEM
SEXO		
MASCULINO	36	36%
FEMININO	64	64%
TOTAL	100	100%
FAIXA ETÁRIA		
ATÉ 25	37	37%
26 A 35	36	36%
36 A 40	12	12%
41 A 50	6	6%
mais de 51	9	9%
TOTAL	100	100%
GRAU DE ESCOLARIDADE		
Não alfabetizado	1	1%
1º grau comp. ou	9	9%

incom.		
2º grau comp. ou incom.	35	35%
Universitário ou Superior	55	55%
TOTAL	100	100%

Fonte: Dados da pesquisa.

O instrumento utilizado para a coleta das informações deste grupo, como já dissemos, foi o questionário, o qual foi respondido por um grupo de pessoas escolhidas aleatoriamente, mas com o cuidado de formar um conjunto o mais heterogêneo possível, de modo a tornar a amostra efetivamente representativa da sociedade.

O perfil do grupo sob análise encontra-se delineado na tabela 03, entretanto, para efeito de maior visualização da herogeneidade do mesmo, pareceu-nos conveniente acrescentar às informações contidas na aludida tabela, as que seguem abaixo, sob a forma de quadro, que dizem respeito às respectivas profissões dos entrevistados.

PROFISSÕES DOS ENTREVISTADOS DO GRUPO PESSOAS DIVERSAS	
SERVIDOR PÚBLICO	20
ESTUDANTE	25
MÉDICO	3
REPRESENTANTE DE VENDAS	03
AGRICULTOR	03
COMERCIANTE	03
ADVOGADO	03
COZINHEIRA	03
PROFESSOR	05
TAXISTA	03
AUXILIAR DE ENFERMAGEM	03
APOSENTADO	01
ATENDENTE	01
ARRUMADEIRA	01
MANICURE	01
SECRETÁRIA	05
RECEPCIONISTA	01
TÉCNICO EM INFORMÁTICA	01
BABÁ	01
COMERCIÁRIO	04
VENDEDORA	04
DO LAR	03
JORNALISTA	01
MILITAR	01
EDITOR DE VÍDEO	01

A escolha dos estudantes foi confeccionada entre os três níveis, ou seja, primeiro, segundo e terceiro grau, em proporções equivalentes, e dos servidores públicos entre diversos escalões.

4.4 ANÁLISE DOS DADOS COLETADOS

A idéia é que a análise dos dados coletados aqui apresentada seja o mais simples possível, daí porque não poupamos a utilização de gráficos e tabelas o mais auto-elucidativo possíveis, no sentido de proporcionar visualização descomplicada das informações dos grupos consultados.

Lançaremos comentários sobre cada uma das informações carreadas nas tabelas e nos gráficos, no sentido de complementá-las no que for necessário para dar maior precisão às informações.

A maioria dos gráficos foram confeccionados de maneira a constar numa mesma tela as respostas das perguntas que foram comumente submetidas aos três grupos pesquisados, ou seja, "delegados", "condenados" e "pessoas diversas", de modo a possibilitar a imediata comparação e proporcionalidade das opiniões dos três universos pesquisados.

Vale destacar que mostramos aqui apenas algumas possibilidades que a análise de dados qualitativos apresenta para uma melhor compreensão do que pensam os grupos sobre a tortura, já que o número de cruzamentos e desagregação dos dados coletados que pode ser pesquisado é bastante grande, havendo todo um universo ainda a ser explorado, tanto que já estamos desenvolvendo um outro trabalho a partir dos mesmos dados coletados.

AS RESPOSTAS DADAS ÀS PERGUNTAS

Uma das perguntas sobre a tortura, formulada a todos os grupos, foi no sentido de saber se eles admitiam-na como meio legítimo a ser utilizado para obter informações sobre crime grave, deixando propositadamente em abeto o entendimento sobre crime grave para poder melhor avaliar a

interiorização ou internalização dos pesquisados em torno do princípio, hoje constitucional, da dignidade humana e, em consequência, a absoluta inadmissibilidade da tortura como corolário desse princípio maior.

A pergunta era precedida da informação sobre o conceito de tortura contido na Lei 9.455/97 e a sua redação foi um pouco diferenciada para cada um dos grupos, dada a suas peculiaridades, de modo que para os Delegados ela foi formulada assim:

Consoante a Lei nº 9.455, de 07 de abril de 1997, o fato de **constranger alguém, mediante violência física ou psicológica (através de ameaça grave), com o fim de obter informação**, é considerado crime de tortura, que é, inclusive, inafiançável. Não obstante, você considera legítimo o uso da tortura contra alguém que cometeu crime grave, para obter informações sobre o mesmo?

As opções de resposta eram: *sim, em qualquer circunstância; não, em qualquer circunstância e sim, apenas em algumas circunstâncias.*

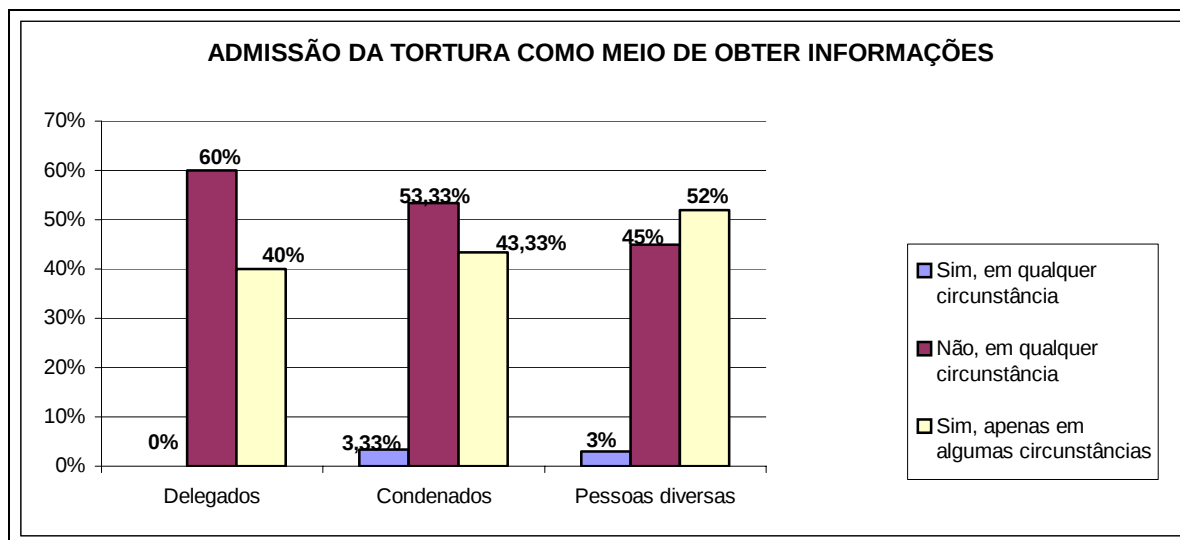
Para o grupo "condenados" e "pessoas diversas" ela foi formulada da seguinte maneira e com as mesmas opções de resposta.

Pela lei (9.455, de 07 de abril de 1997), considera-se tortura o ato de: I - constranger alguém com emprego de violência (física) ou grave ameaça (psicológica), causando-lhe sofrimento físico ou mental:
a) com o fim de obter informação, declaração. Você considera legítimo o uso da tortura por parte da polícia civil, contra alguém que cometeu crime (grave ou não), para obter informações sobre o mesmo ?

Nota-se que a formulação da pergunta submetida aos delegados dá ênfase ao aspecto de que a tortura se constitui em crime inafiançável.

As respostas vieram com as incidências constantes no gráfico abaixo:

GRÁFICO 01



Fonte: Dados da pesquisa

As respostas revelam que os Delegados e Condenados, na sua maioria (60 e 53,3%, respectivamente) e a princípio, não estão de acordo com a utilização da tortura como meio de obter informações sobre qualquer crime grave, ou seja, de forma generalizada; admitindo-a, entretanto, em proporção significativa (40 e 43%) em algumas situações. A sociedade, por seu turno, admite-na em algumas situações em proporção superior à não admiti-la em qualquer circunstância (52 e 45% respectivamente).

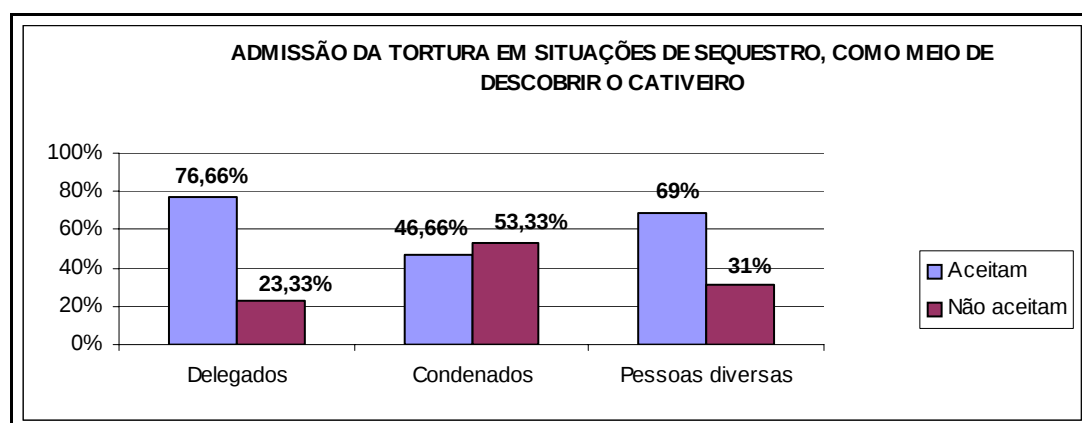
Tais posições indicam que a concepção de dignidade humana, nos termos da Constituição Federal em vigor, não é acolhida, ou pelo menos não se encontra internalizada por nenhuma das pessoas que compõem os grupos entrevistados, na medida em que, admitir a tortura, seja lá em que circunstância for, implica na negação ao princípio de dignidade humana configurado no texto Constitucional em vigor, bem assim na maioria dos documentos internacionais que cuidam dos Direitos Humanos, que vêm na prática da tortura evidente postergação aos mesmos.

Essa constatação intui que as pessoas do grupo adotaram postura contra a tortura mais por uma questão de medo do castigo (repressão da norma legal ou de qualquer outra natureza) do que propriamente uma consciência ética, o que, numa equação simplificada pode ser dito da seguinte maneira: não faço porque temo a punição (dever imposto e atitude moral), que

se contrapõe à postura ética de não fazer por livre consciência, onde a equação se transmuda para: embora possa fazer, não o faço porque entendo como conduta correta não fazê-lo.

A situação é ainda mais complicada quando antes de submeter a pergunta aos pesquisados, expomos os casos reais de estupro e seqüestro trazidos à lume pelo nosso delegado interlocutor, nos termos expostos na introdução geral do trabalho (págs. 02 e 03), que foram integral e textualmente colocados à apreciação dos respondentes. Eis as respostas da consulta:

GRÁFICO 02



Fonte: Dados da Pesquisa

As posições impressionam, na medida em que a grande maioria dos grupos de "Delegados" e "Pessoas Diversas" foram a favor do uso da tortura, em flagrante oposição ao ideário que atualmente norteia a Constituição nacional, bem assim a prescrição de todos os documentos internacionais em torno da matéria.

Pelo que podemos observar do contato direto com os entrevistados, um dos fatores responsáveis para essa posição pró-tortura advém do fato de enxergarem o torturado de hoje como uma figura que não merece qualquer tipo de consideração ou complacência, por ser a encarnação do próprio mal que é, naturalmente repulsivo. Alguns fizeram referencia ao fato de que os tempos são outros que não os da época da ditadura, quando se torturavam pessoas ilustres, estando aí, a nosso ver, a chave da questão ou onde se concentra o problema maior.

Com efeito, se os fundamentos anti-tortura forem concentrados na perspectiva do preso político, ou do subversivo, para usar o termo preferido pelos militares na época do regime militar, que normalmente era um estudante, um intelectual ou um profissional qualificado, com família, cargo, mandato e até talento para escrever memórias, como nos lembra Mattoso²⁷² e compararmos com o torturado de hoje, ao qual faz alusão alguns dos entrevistados como alguém destituído de dignidade por ser "preso comum", "delinqüente ordinário", "marginal", "pé-de-chinelo", a posição em prol da tortura assume mais um caráter de preconceito, sendo isso o que se verifica.

Um dos entrevistados chegou a nos dar a pista no sentido de que preconceito não se combate com leis, porque "o sentimento simplesmente não deixa de existir em razão de uma norma jurídica ou de qualquer outra natureza; ele pode ficar latente, mas existe estará sempre pronto a precipitar-se em forma de ação".

Também é de impressionar o índice de aceitação da tortura pelo grupo composto pelas potenciais vítimas da mesma, ou seja, pelos condenados, que em 46,66% opina em favor do suplício, situação que mais uma vez indica a pouca eficácia da simples prescrição legal como suficiente para incutir nas pessoas a concepção humanística do direito penal e processual penal, onde não existe espaço para a aceitabilidade do tormento como meio de extrair confissão dos acusados, seja em que circunstância for.

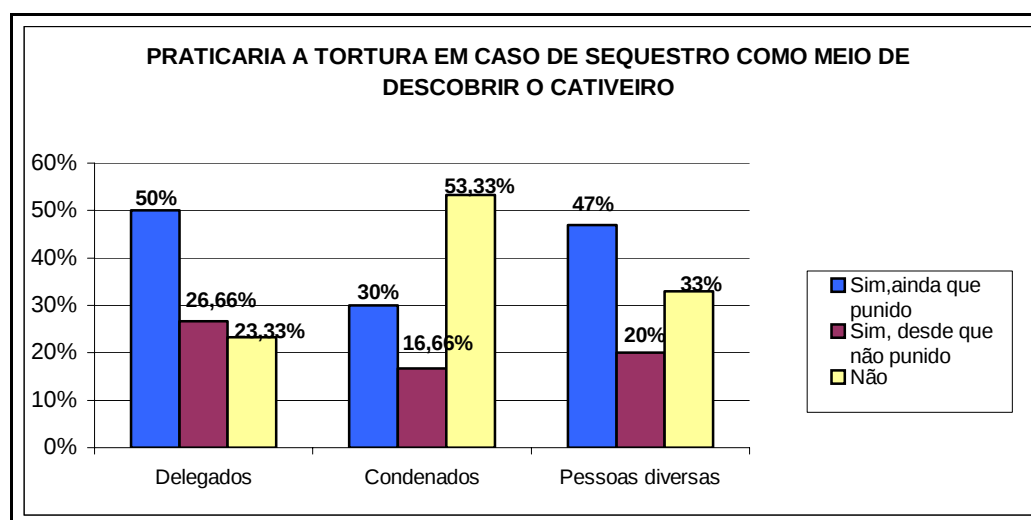
E o medo da punição ou da repressão como forma de combate à tortura também foi objeto de questionamento aos pesquisados. A indagação, nesse aspecto, foi formulada com referencia específica ao crime de seqüestro, colocando-se a tortura como opção para se descobrir o cativo onde as vítimas estariam segregadas, tal qual a situação dum dos casos paradigma trazidos como fio condutor do presente trabalho.

²⁷² MATTOSO, Glauco. Ob. cit. p. 89.

A pergunta teve a peculiaridade de indagar aos pesquisados não apenas sobre as suas posições em torno da aceitabilidade da suplício nessas situações, mas também se eles atuariam ativamente na prática do mesmo, ou seja, em termos claros, se assumiriam a condição de torturadores nessas situações, ainda que com risco de serem punidos.

As respostas foram as seguintes:

GRÁFICO 03



Fonte: Dados da pesquisa

Nessa hipótese, verifica-se, de forma igualmente surpreendente, que apenas as pessoas do grupo dos condenados, na sua maioria (53,33%) deixariam de assumir a condição de torturadores. Entretanto, os dados também demonstram que uma parcela considerável desse grupo (30%) admite assumir a condição de torturador, a despeito da possibilidade da punição.

Quanto aos grupos compostos por "pessoas do povo" e por autoridades policiais, fica muito clara a opção de, na sua maioria (47 e 50%, respectivamente) assumirem, a despeito da coibição legal, a condição de torturadores, sendo significativamente pequenas as parcelas desses grupos (20 e 26,66%, respectivamente) que de alguma forma vêm na prescrição legal algo forte o suficiente para inibir a prática da tortura.

Também foi objeto de submissão aos pesquisados a situação em que a tortura, nos termos da nossa Lei (Lei nº 9.455/97) não tem um caráter de meio para obter confissão ou informação, mas de prática que carrega um fim em si mesma, de um castigo, na forma do tipo incorporado no inc. II do seu art. 1º, que prevê como tortura a prática de

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

Essa é a hipótese em que se poderia enquadrar a situação exposta no segundo dos casos paradigma exposto na introdução geral deste trabalho (págs. 03/04), em que um grupo de pessoas, ao flagrantearem um crime de estupro perpetrado pelo pai contra a própria filha, espancam o agente do delito e assumem perante a autoridade policial as ações delitivas, recebendo desta a atitude complacente do não indiciamento, pela qual foi a mesma processada.

O questionamento posto aos entrevistados foi no sentido de colher as suas opiniões sobre ser ou não justas as ações de agressão perpetradas pelos agressores do estuprador, que teve, inclusive, um barco quebrado.

O mesmo questionamento também teve por objeto a opinião dos pesquisados sobre se os agressores mereceriam punição pelas ações, pois apesar de entenderem justas, poderia haver opiniões no sentido da punição.

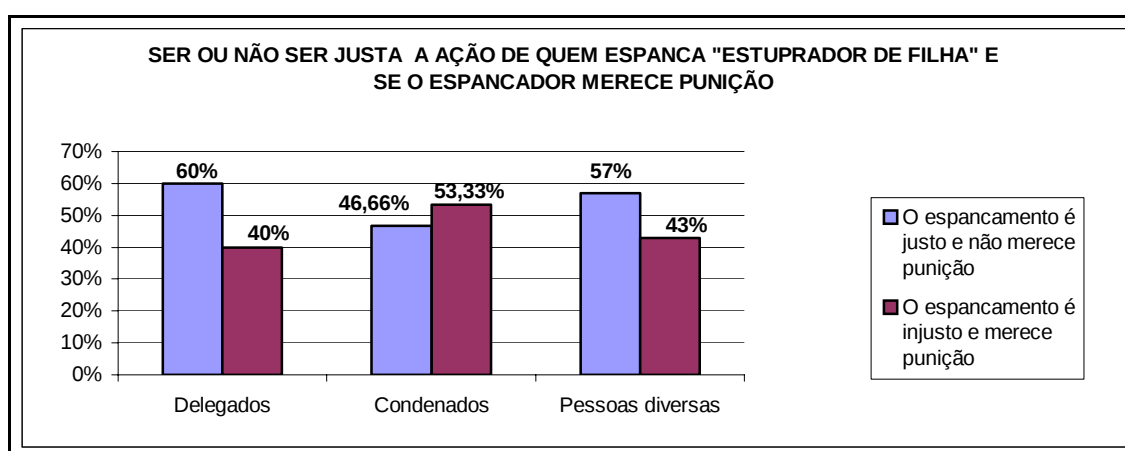
Do grupo dos Delegados, a grande maioria (60%) opinou na direção de acolher o espancamento como algo justo e não merecedor de punição.

O grupo das "pessoas diversas", no mesmo diapasão, opinou com maioria para acolher a prática da tortura pena como justa e aceitável, nas circunstâncias, entendendo que os agressores do estuprador não deveriam ser punidos.

O grupo dos "condenados" não ficou muito longe da posição dos anteriores, na medida em que 43% foi a favor da ação do espancamento, tendo-o como prática justa e aceitável nas circunstâncias, isentando os seus perpetradores de qualquer punição. A maioria, entretanto (57%), fez a opção de proscrever a conduta dos agressores, enquadrando-a como injusta e passível de punição.

Eis o gráfico correspondente à situação em comento:

GRÁFICO 04



Fonte: Dados da pesquisa

Ao tratar desse caso específico com os condenados, foram muitas as opiniões em apoio da castração do estuprador como atitude justa, muito mais do que o espancamento ou até a morte. Curioso notar que mesmo os que assim se posicionaram tratavam-se de pessoas que há haviam matado para subtrair coisa alheia. Não obstante, expressaram uma fortíssima intolerância com relação ao crime de estupro.

Ainda com relação ao caso do estupro, procuramos formular um questionamento aos pesquisados com relação a atitude do Delegado que se omitiu em indiciar os agressores do estuprador, a pretexto de não tê-los identificado. Fizemos a pergunta colocado os respondentes na condição da autoridade policial que enfrentou a situação, de modo a perquirir se os respondentes adotariam a mesma postura.

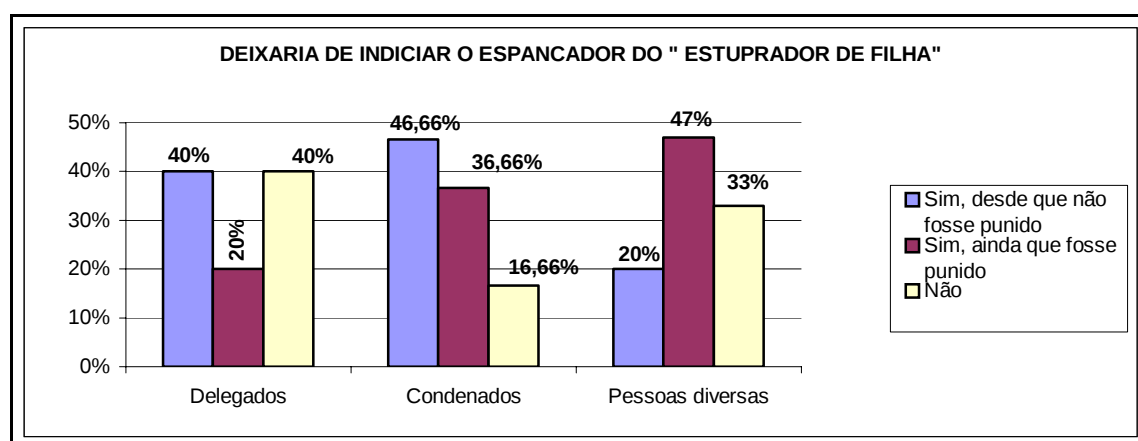
A posição dos Delegados foi em igual proporção no sentido da concordar com o comportamento omissivo, ainda que correndo o risco da punição, e de repudiar a omissão com a resposta negativa. Ambas colheram 40% das opiniões, contra 20% que opinaram pela resposta que contemplou a omissão apenas na hipótese de ser afastada a punição.

O grupo dos condenados optou, por maioria (46,66%), em acolher para si a conduta omissiva, ainda que com risco da punição, sendo que 36,66% incorporou a postura da omissão desde que afastada a possibilidade do castigo, e apenas 16% seguiu a direção de não perpetrar a conduta omissiva.

O grupo das "pessoas diversas" seguiu na mesma direção dos condenados, ao assumir, num percentual de 47%, que admitiria a atitude omissiva mesmo correndo o risco da represália legal e de 36,5% pela não omissão, diante do risco da punição, contra apenas 16% em não acolher a omissão.

As respostas, vistas graficamente, foram as seguintes:

GRÁFICO 05



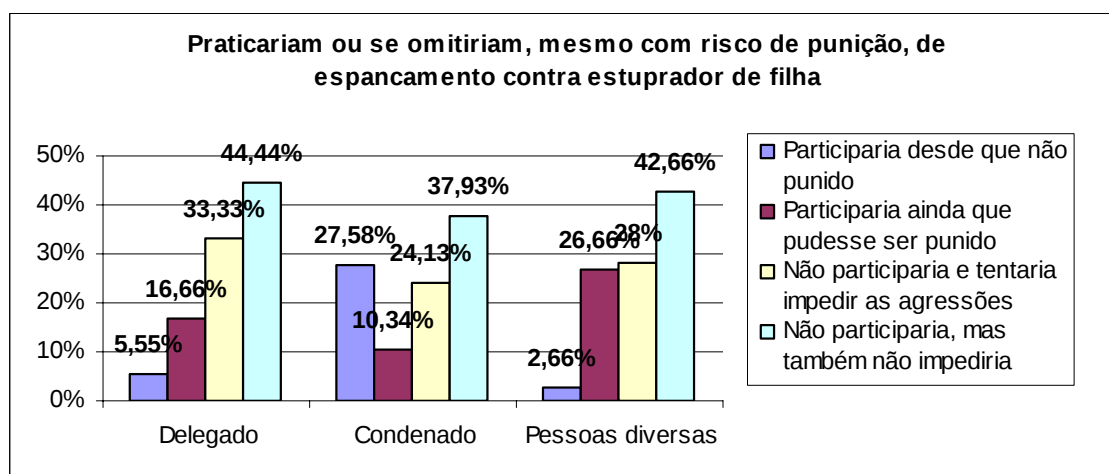
Fonte: Dados da pesquisa

Tais posturas revelam, mais uma vez, insuficiência do castigo como meio eficaz de evitar condutas benevolentes para com a tortura.

Por fim, submetemos aos pesquisados uma indagação sobre se diante da situação concreta de flagrante de estupro, assumiriam a posição ativa de perpetrar agressões contra o estuprador ou simplesmente se omitiriam diante dela, em ambos os casos com o risco de padecer punição.

As respostas foram no seguinte sentido:

GRÁFICO 06



Fonte: Dados da pesquisa

Os dados revelam que a omissão, nas circunstâncias, mesmo perante o grupo de Delegados, para quem tal a ação do espancamento sabidamente se constitui crime de tortura, foi a opção unanimemente acolhida pelos respondentes, indicando mais uma vez a ineficiência da punição legal como meio de coibir a prática da tortura em situações limite.

Também foi objeto da nossa pesquisa alguns questionamentos específicos aos grupos de "delegados" e "condenados", que a partir de agora passamos expor, de forma sucinta, os respectivos resultados, para os quais continuamos a utilizar dos recursos de tabelas e gráficos.

Com relação aos condenados, as perguntas foram as seguintes:

- O que sentiu ao matar?
- Você acha a nossa sociedade violenta?
- Você acha a Polícia Civil Violenta?
- Você acha que a Polícia Civil deve ser violenta?

- e) Você concorda que a polícia deve agir com violência no combate à criminalidade para ser respeitada pelos bandidos?

O objetivo das perguntas era o de buscar dos próprios condenados algumas opiniões que normalmente se utiliza como justificativa da tortura, bem assim as suas próprias palavras sobre a violência da polícia sob essa forma de ação.

Quanto aos Delegados, fizemos as seguintes indagações:

- a) O que lhe levou a abraçar a carreira policial?
- b) Se tivesse oportunidade mudaria de carreira?
- c) O que você acha das condições de trabalho na Polícia Civil da Bahia?
- d) Como você considera a remuneração do Delegado de Polícia na Bahia?
- e) Quanto ganha hoje, líquido e em média, um Delegado de Polícia na Bahia ?
- f) Você acredita na eficácia do sistema penal para recuperação do condenado?
- g) Pela sua experiência você acha que a população é a favor de uma Polícia Civil violenta?
- i) Você acha que os Direitos Humanos devem ser acolhidos em favor de criminoso violento?
- j) Você acredita que a Polícia que respeita a lei e não pratica tortura ou qualquer outra forma de violência pode ser respeitada pelos criminosos?

O objetivo das perguntas foi traçar um quadro sobre grau de satisfação e aptidão das autoridades policiais e sobre o investimento que se tem feito na categoria com no sentido da compreensão e acolhimento dos Direitos Humanos.

Começamos com os condenados.

No pertinente à primeira pergunta, o resultado das respostas foi o seguinte:

TABELA 04: O QUE SENTIU AO MATAR

SENTIMENTO	FREQUÊNCIA	%
REMORSO	06	20
NADA	08	26,66
PÂNICO/MEDO	06	20
SUSTO	05	16,66
PRAZER	01	3,33
RAIVA	01	3,33
NÃO SOUBE DIZER	03	10
TOTAL	30	100

Fonte: Dados da Pesquisa

Verifica-se que o maior índice de respostas foi no sentido de nenhum sentimento, o que demonstra a grande dificuldade de reintegração dos condenados à sociedade, sobretudo quando se sabe da imprestabilidade do sistema penal no sentido da recuperação dos mesmos, o que aliás foi admitido por todos os condenados nas entrevistas, embora não tenhamos feito levantamento sobre essa questão com o grupo em tela.

A complexa situação que se enfrenta a partir deste dado, é que uma grande parte dos condenados entrevistados já tinham mais da metade da pena cumprida e todos aguardavam, com grande expectativa, o dia da liberdade, pela qual se disseram dispostos a qualquer coisa, inclusive comportarem-se como bons o suficiente para galgar o livramento.

Alguns condenados mais articulados chegaram a confessar que "estavam num jogo, cujas regras tinham de ser seguidas e a vitória seria de quem tivesse mais paciência coragem de enfrentar a adversidade".

Ouvindo-se a história de cada um dos presos, a sensação é de que a vida lhes foi realmente madrastra, o que, evidentemente, embora não justifique as suas ações, induz um repensar sobre a dignidade humana no sentido da necessidade e obtenção de benefícios sociais mínimos que, afinal,

tal qual a não tortura, constitui garantia constitucional e é incluída no rol dos direitos humanos.

Quanto a segunda questão submetida aos condenados, sobre se acham a nossa sociedade violenta, as respostas foram as seguintes:

TABELA 05: CONSIDERA A NOSSA SOCIEDADE VIOLENTA?

VIOLENTA	FREQUÊNCIA	%
SIM	21	70
NÃO	06	20
OMISSO	03	10
TOTAL	30	100

Fonte: Dados da pesquisa

É de admirar que os próprios condenados sejam, na sua maioria, da opinião de que a sociedade seja violenta. Entretanto, quando consultados sobre de que violência estavam se referindo ao responder ao questionamento deste item, as explicações esclarecem as coisas. A maioria emitiu a resposta como sendo em relação a violência de que se entendem vítimas, como a de não terem oportunidade de trabalho e de sobrevivência decente. Muitos chegaram a dizer que foram praticamente compelidos para o crime, diante da impossibilidade de sobreviverem decentemente, externando um sentimento de profunda descrença nas instituições oficiais e nas leis. Houve muita alusão ao termo "banditagem legalizada".

Sobre se consideravam a Polícia Civil violenta, a grande maioria foi no sentido de responder positivamente, conforme se observa na tabela abaixo.

TABELA 06: CONSIDERA A POLÍCIA CIVIL VIOLENTA

VIOLENTA	FREQUÊNCIA	%
SIM	22	73,33
NÃO	06	20
MAIS OU MENOS	02	6,66
TOTAL	30	100

Fonte: Dados da pesquisa

Para responder a essa pergunta os entrevistados, invariavelmente procuravam lembrar sobre o sigilo da entrevista, razão que justifica o percentual que, desconfiado, respondeu mais ou menos. A pergunta era direcionada para a ocasião em que os condenados responderam a inquérito policial, o que foi uma unanimidade entre os entrevistados.

A pergunta derradeira aos condenados foi no sentido saber se eles concordavam com a idéia de que a polícia tem de ser violenta para ser respeitada.

TABELA 07: PARA SER RESPEITADA POL. CIVIL DEVE SER VIOLENTA

VIOLENTA PARA TER RESPEITADA	FREQUÊNCIA	%
SIM	13	43,33
NÃO	17	56,66
TOTAL	30	100

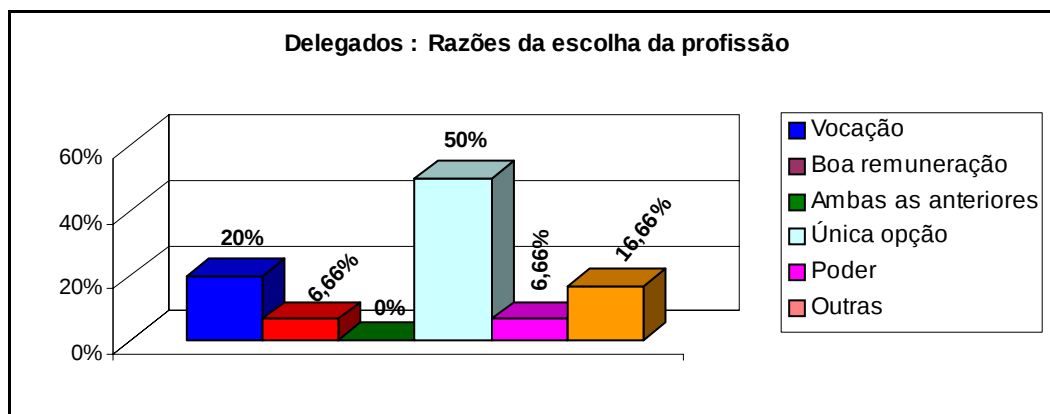
Fonte: Dados da pesquisa

O percentual de respostas positivas (43,33%) denota que mesmo entre os condenados, supostas vítimas da tortura, existe a idéia de que a violência deve ser incorporada na ação policial como forma de demonstrar respeito.

Ao reconhecer essa legitimidade à polícia, entretanto, os dela partilharam também reconheciam para si o "direito da violência", tendo sido freqüente a colocação de que "a coisa é uma guerra" ou de que "se a polícia não for violenta a coisa vira manguê".

Quanto aos Delegados, as respostas aos questionamentos específicos foram as seguintes:

GRÁFICO 07



Fonte: Dados da pesquisa

O percentual maior das respostas (50%), denota uma visível falta de vocação da maioria dos integrantes da categoria, sendo que apenas 20% declarou ser efetivamente vocacionado para a carreira policial.

Esta explícita falta de vocação está diretamente relacionada com a pergunta seguinte, onde se questionou sobre se abandonariam a carreira caso tivessem oportunidade, cuja resposta foi maciçamente no sentido positivo, conforme se verifica na tabela abaixo.

TABELA 08: ABANDONARIAM A CARREIRA SE TIVESSE OPORTUNIDADE

ABANDONARIA M	FREQUÊNCIA	%
SIM	20	66,66
NÃO	10	33,33
TOTAL	30	100

Fonte: Dados da pesquisa

Associado ao aspecto da vocação, a maioria dos entrevistados (59,99%) declararam serem ruins ou péssimas as condições de trabalho na Polícia Civil da Bahia, sendo que um percentual significativo declararam serem as condições mais ou menos e uma minoria optaram por dizer boas as condições de trabalho. Eis os percentuais dessas respostas em forma de tabela:

TABELA 09: CONDIÇÕES DE TRABALHO NA POLÍCIA CIVIL DA BAHIA

CONDIÇÕES	FREQUÊNCIA	%
BOAS	02	6,66
MAIS OU MENOS	10	33,33
RUINS	10	33,33

PÉSSIMAS	8	26,66
TOTAL	30	100

Fonte: Dados da pesquisa

Além das más condições de trabalho, o item remuneração ganhou da maciça maioria dos entrevistados o conceito de péssima (86,66%), que associado aos que consideraram ruim (6,66%) perfazem um total quase unânime das opiniões no sentido de atribuir a esse item "como alguma coisa humilhante, considerando a responsabilidade e a importância do cargo", consoante declarado por um dos Delegados.

TABELA 10: SOBRE A REMUNERAÇÃO DO DELEGADO NA BAHIA

SOBRE A REMUNERAÇÃO DE DELEGADO	FREQUÊNCIA	%
BOA	0	0
MAIS OU MENOS	2	6,66
RUINS	2	6,66
PÉSSIMAS	26	86,66
TOTAL	30	100

Fonte: Dados da pesquisa

A média do vencimento líquido do Delegado foi informado pela grande maioria dos entrevistados como sendo de R\$ 1.500,00.

Alguns entrevistados declararam sobre a situação salarial dos agentes de polícia como sendo bem piores, sendo um fator importante para corrupção e impossibilidade de coibir-se os constantes "achques existentes e sabidos na corporação".

Houve muitas referências sobre o "faz de conta" da política de segurança do Estado, no sentido de que "preocupação maior não estava em resolver os problemas de fato, mas apresentar boas estatísticas de redução da criminalidade, pouco importando os meios utilizados".

A maioria (43,33%), embora em número não muito distante dos dissidentes (56,66%), foi no sentido de não concordar com a idéia de que a

população é a favor de uma Polícia Civil violenta. Vejamos a tabela relativa a esse dado:

TABELA 11: POPULAÇÃO CONCORDA COM POLÍCIA CIVIL VIOLENTA

CONCORDANCIA DA POPULAÇÃO COM VIOÊNCIA DA POLÍCIA	FREQUÊNCIA	%
SIM	13	43,33
NÃO	17	56,66
TOTAL	30	100

Fonte: Dados da pesquisa

No relativo a crença da eficácia no sistema penal para recuperação do condenado, a opinião quase unânime dos entrevistados foi no sentido negativo, ou seja, 93,33% dos entrevistados acreditam que não e apenas 6,66% optaram por responder afirmativamente.

Nesse item, foram muitos a considerar o sistema como uma "fábrica de marginais", com o detalhe de que não enxergam outra alternativa "para os bandidos". Eis a tabela correspondente a este levantamento:

TABELA 12: EFICÁCIA DO SISTEMA PENAL PARA RECUPERAÇÃO

EFICÁCIA DO SISTEMA PENAL PARA A RECUPERAÇÃO DO CONDENADO	FREQUÊNCIA	%
SIM	2	6,66
NÃO	28	93,33
TOTAL	30	100

Fonte: Dados da pesquisa

No pertinente ao acolhimento dos Direitos Humanos em favor de criminoso violento, as opiniões empataram.

No questionamento desse, encontramos muitas posições de larga defesa aos Direitos Humanos, mas também nos deparamos com posturas declarações bem radicais, a exemplo das seguintes: "direitos humanos não é para bandido, mas para cidadão" ; "o único direito de bandido é o ficar calado"; "bandidagem se combate é com chumbo" ; "bandido não merece respeito, merece bala".

Finalmente, diante da pergunta sobre se a Polícia Civil que não se utilize da prática da tortura ou qualquer outra forma de violência poderia galgar o respeito dos criminosos, as respostas montaram a seguinte estatística:

TABELA 13: RESPEITO DA POLÍCIA QUE SEGUE A LEI

USO DE VIOLÊNCIA PELA POLÍCIA COM FORMA DE IMPOR RESPEITO	FREQUÊNCIA	%
SIM	18	60
NÃO	12	40
TOTAL	30	100

Fonte: Dados da pesquisa

Pela resposta a esse item percebe-se que a idéia de que a violência, ainda que ilegal, é ferramenta aceitável para que a polícia seja respeitada perante os criminosos.

Muitas declarações no sentido da violência vieram acompanhadas da informação de que para o Delegado se fazer respeitado até perante os Agentes Policiais "não poderia demonstrar moleza com a bandidagem" , pois ganharia os apelidos de "cheiro mole" ; "babaca", "zé mane" etc.

4.6 CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE A PESQUISA

Esses foram os dados da pesquisa. O que deles podemos defluir é, no mínimo, preocupante, na medida em que por eles se constata que a prática da tortura tem muito mais prosélitos do que poderíamos, a princípio, imaginar.

O discurso em favor da tortura é, sem nenhuma dúvida, sedutor aos olhos dos incautos, tendo em vista a "funcionalidade" do suplício.

Nesse sentido, retornando a Gaspari²⁷³ e com suas palavras:

O que torna a tortura atraente é o fato de que ela funciona. O preso não quer falar, apanha e fala. É sobre essa simples constatação que se edifica a complexa justificativa da tortura pela funcionalidade. O

²⁷³ GASPARI, Elio. **A Ditadura Escancarada**. Ob. cit. p. 37.

que há de terrível nela é a sua verdade. O que há de perverso nessa verdade é o sistema lógico que nela se apóia valendo-se da compreensão, num juízo aparentemente neutro, do conflito entre dois mundos: o do torturador e o de sua vítima. [...] Na visão do torturador, a eficácia chega a surpreender. Um jovem tenente, mal iniciado nas práticas do regime, haveria de reconhecer: "A coisa complicou quando descobri que o método era rápido. Bastava levar para o porão, e pronto".

Isso nos lembra um alerta feito por Oliveira²⁷⁴ no sentido de que

conceitos como direitos humanos e justiça social não existem como práticas concretas da sociedade brasileira. São, conforma Manheim, conceitos utópicos que não são, mas podem vir a ser. A adesão a eles, por parte do pesquisador, é uma escolha ética, não uma atitude científica. Isso no sentido de que tais conceitos-valores não emergem a partir de uma observação sistemática e metodologicamente correta da realidade, como num processo de indução.

Colocação que o autor arremata com as seguintes palavras, que se encaixam perfeitamente como uma das constatações que se pode intuir dos dados que acabamos de apresentar:

A realidade existente, na verdade, os contradiz. Com isso quero salientar uma reflexão que de certa maneira percorre todo o texto: se a sociologia jurídica pode, de alguma forma, subsidiar o direito, a crítica social deve, sempre, subsidiar a própria sociologia.

Também é do mesmo Oliveira²⁷⁵ a lição de que

o formalismo do direito, tão sumariamente maltratado pela literatura crítica, não é apenas - ainda que também o seja - o avalista de um direito de propriedade injusto; ele é também a possibilidade - pelo menos a possibilidade - da efetivação dos direitos e garantias

²⁷⁴ OLIVEIRA, Luciano. **Direito, Sociologia Jurídica, Sociologismo**: notas de uma discussão. Texto apresentado no 8º Encontro da ANPOCS (Águas de São Pedro, São Paulo, outubro de 1984), no Grupo Direito e Sociedade.

²⁷⁵ SOUTO, Cláudio; FALÇÃO, Joaquim (Orgs.) **Sociologia e Direito**: textos básicos para a disciplina de sociologia jurídica. 2.ed. São Paulo: Pioneira, 2001, p. 170.

individuais: não ser arbitrariamente preso nem condenado, torturado, não ter a sua casa invadida a qualquer hora do dia ou da noite etc.

Isso nos leva a concluir sobre uma infinidade de coisas que poderiam ser pinçadas e estudadas com maior largueza e especificidade. Entretanto, para o que é o nosso interesse neste trabalho, destacamos as seguintes:

De um lado, temos uma polícia desvencionada para o exercício da atividade policial, além de desestimulada por múltiplos aspectos. Por conta disso, é frequente a perspectiva do agente policial no sentido de justificar o combate à violência por todos os meios e formas, inclusive com utilização da tortura.

De outro, temos uma sociedade composta em grande parte por pessoas destituídas do mínimo necessário para viver dignamente, e uma outra composta de médios e grandes abastados dispostos a enxergar a origem e a causa da violência que assola a todos como sendo nos "pés de chinelo" ou aos "bandidos miseráveis", não se dando conta da perversidade que é ínsita a todos nós, seres humanos.

O problema da tortura, destarte, está longe de ser resolvido pela simples repressão legal, embora dela não se possa descartar como uma opção de combate.

Entender os fundamentos norteadores da proscrição legal da tortura, como vimos, não é nada simples. Implica em educação, educação e educação; única via que nos parece adequada para a formação de consciência ética, esta sim, arma poderosa e fatal para combater essa chaga inmensurável que não está em outro lugar senão em nós mesmos, que é o ímpeto e o desejo de vingança quando nos sentimos ameaçados ou incomodados pelo que se costuma chamar de mau que deve ser extirpado a todo custo, por vezes personificado nos "subversivos", "nos negros", "nos muçulmanos", "nos judeus", "nos comunistas", "nos palestinos" etc.

Não torturar pessoas, seja como meio de galgar confissão, seja como forma de punição sumária, é até compreensível para a maioria, desde que o torturado seja o outro, bem distante de nós, e não nos tenha propiciado padecer qualquer tipo de dor. Entretanto, reconhecer a dignidade de qualquer pessoa para daí não se admitir a tortura em nenhuma circunstâncias, isso é tarefa de construção delicada e pertinaz, que cumpre ao Estado, por dever, fazê-lo, pois assim está dito na Constituição de 1988:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição

Não se trata mais de lutar pelo direito à educação, mas sim de exigir-se o seu cumprimento.

Que as pessoas comuns, ditas do povo, sejam a favor da tortura, é até admissível; que a pratiquem-na, é repulsivo; mas que os agentes do Estado, supostos guardiões da segurança, como é o policial, pense desse jeito, é algo asqueroso; que a pratiquem-na, é simplesmente intolerável.

Mas o sadismo parece fazer parte do dia-a-dia do povão todo, desde o moleque que arranca as pernas do passarinho até a coroa que vai torcer na beira do ringue de luta livre, passando pelo jovem veterano que "trucida" os calouros no trote da faculdade. Só que, nas palavras de Mattoso ²⁷⁶,

do torturador latente ao profissional traquejado, vai muita distância. Antes é preciso passar pela oportunidade, pelo estímulo, pela doutrinação, pelo treinamento, pelo hábito e pelas garantias e regalias tipo recompensa e/ou impunidade. Tudo isso faz parte dos antecedentes do carrasco

²⁷⁶ MATTOSO, Glauco. Ob. cit. p. 91.

E é com as seguintes palavras do mesmo Mattoso que encerramos esta parte do trabalho.

Se você quer abolir "incondicionalmente" a tortura, está diante de um impasse, ou dentro de um *in pace* (calabouço da inquisição, tipo solitária). Em todo caso, a formal extinção das penas corporais e capitais nas legislações de hoje representa um avanço. Em que direção, não se sabe.

CONCLUSÃO

O tema deste trabalho foi a tortura, com ênfase da sua prática na atividade policial investigativa. Dele nos apropriamos por conta de uma conversa onde foi lançado um desafio: o de tentar demonstrar ao nosso interlocutor, um Delegado de Polícia, as razões pelas quais sustentamos a idéia de que a prática da tortura não deve, em nenhuma circunstância, ser acolhida, dada a sua proscrição legal, inclusive em forma de princípio norteador da Constituição Federal de 1988, que instituiu em nosso meio a forma de Estado Democrático de Direito; argumento que foi redargüido pelo nosso interlocutor, à conta de que sociedade, bem assim todas as pessoas normais, de "carne e osso", estariam a favor da prática da tortura, em certas circunstâncias.

Lançado o desafio, incumbia-nos providenciar todos os esclarecimentos e fundamentos possíveis em defesa da nossa posição contrária à tortura, em qualquer das suas formas, sobretudo no âmbito da atividade policial investigativa.

Era necessário então esclarecer primeiro sobre a Polícia Judiciária e a sua atividade investigativa, nosso foco de análise, para depois precisar sobre os vários entendimentos possíveis em derredor do termo "tortura"; sua história, sua proscrição legal e sua persistência, a despeito do seu banimento nos textos legais; aludir sobre os problemas ético e moral que envolvem a sua prática, para daí chegarmos à conclusão do acerto da nossa postura firme e no sentido da sua inadmissibilidade, não apenas como consequência de prescrição legal, mas sobretudo como forma de cristalizar-se uma convivência onde o respeito à dignidade humana advenha do simples fato de sermos humanos, ou seja, sob o primado de uma ética que opta pelo reconhecimento do ser humano enquanto valor maior e, portando, dotado de dignidade que não só deve ser reconhecida, mas acima de tudo respeitada; respeito que a ação da tortura insiste em postergar e desafiar, como que nos lembrando a circunstância de que, antes de humanos, somos também animais; mas não só

isso, mas também de que, enquanto animais, não poderíamos conviver sem a brutalidade incita da espécie.

Se isso é uma verdade, o é apenas parcialmente, de modo que a questão principal a ser resolvida é se devemos optar por vivermos como simples animais, onde a brutalidade da tortura talvez tenha uma justificativa, ou como animais que optam por uma ética onde a brutalidade da tortura haverá de ceder ao respeito da dignidade do ser humano, não por outro motivo senão por sermos humanos.

A pretexto da aquiescência social em relação a tortura, o que ficou demonstrado pelos dados colhidos ao longo da pesquisa empírica aqui produzida, gostaríamos de tecer algumas últimas reflexões.

Nossos juízos normais são, normalmente, empíricos, isto é, fundam a sua pretensão de verdade na experiência. Entretanto, um juízo de que certo tipo de agir é bom ou mau, e, neste sentido, de que algo deve ser permitido ou proibido, não pode ser fundado empiricamente.

A experiência destarte, jamais nos mostrará que torturar um homem é algo mau, e nem sequer poderíamos dizer o que significa pretender fundamentar empiricamente algo assim como isso. A única coisa que podemos fundamentar empiricamente é um juízo que diz que homens deste ou daquele círculo cultural, desta ou daquela classe social consideram um tal tipo de ação como má ou censurável. No entanto, disto não se segue que tal ação seja má ou censurável²⁷⁷.

Se aparentemente não podemos evitar de enunciar juízos morais e, até quanto se pode observar, os juízos que professam a dignidade humana não se apóiam na experiência, não são juízos empíricos, foram filósofos como Kant, nas palavras de Tugendhat²⁷⁸, "que vendo isto claramente, concluíram que estes juízos devem valer na concepção daquele que julga de forma não

²⁷⁷ TUGENDHAT, Ernest. Ob. cit. p. 15.

²⁷⁸ Idem, ibidem, p. 16.

empírica, isto é, independentemente de toda a experiência, e chamamos a isto de *a priori*. "

Não foi, certamente, por outro motivo que a nossa Constituição, conforme destacamos ao longo deste trabalho, acolheu princípio kantiano ao fixar a dignidade humana como princípio maior, cuja dimensão apenas será compreendida pelos que transcendem ao mundo empírico, onde, e só aí, a tortura não tem lugar.

A tortura não é um assunto ameno, mas se não entendermos a sua forma insidiosa de ação, certamente estaremos à sua mercê e até tentando professar a sua intolerante e inexplicável brutalidade.

Se não demos conta de demonstrar neste trabalho o acerto da sua proscrição nos textos legais, pelo menos lembramos de que com a sua presença continuaremos a viver como animais, melhor dizendo, só como animais.

A facilidade de cumprir o bem conforme a moral e ao direito (por filantropia ou boa educação) não é um bem em si mesma, mas formas soturna, mole e despropositada da moral e da virtude.

A ausência do esforço é má-vontade e a inação que se crê desengajada do mal também o é do bem e encontra-se inconscientemente engajada no declive do mal. Dissimulado nas idéias dos militantes da "boa causa" e nas convicções iluminadas pelas boas consciências, o mal está, por definição, onde não se espera encontrá-lo: nas virtudes reivindicadas e nos bons costumes. O Inferno cheio de boas intenções²⁷⁹.

As verdadeiras lições de ética são difíceis de aprender. Não somente, como já diziam os antigos, uma coisa é tornar-se sábio, outra é continuar a sê-lo, como o cristianismo ensinou que a santidade era a intemperança vencida,

²⁷⁹ VIGNOLES, Patrick. **A Perversidade**: ensaio e textos. Campinas, São Paulo: Papirus 1991, pg 142

que o bem era o mal ultrapassado: para elevar-se, é preciso ter visto e tocado o fundo.

Se a tortura toma como princípio de razão suficiente ou coloca um problema que não tem solução racional satisfatória, haveria ainda sentido, particularmente hoje, em ser otimista ou pessimista? A lucidez não exige que se seja ou que se permaneça essencialmente cético diante da impossibilidade de decisão do problema do mal (da tortura)? Cremos que não.

B I B L I O G R A F I A

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 4.ed. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revisada por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Beneditti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- ARISTÓTELES. **Ética a nicômacos**. Tradução do grego, introdução e notas por Mário da Gama Kyry. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 4.ed. 2001.
- ARNAUD, André-Jean; DULCE, M^a José Fariñas. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos**. Tradução da versão francesa da obra Sistemas Jurídicos: Elementos para um Análisis Sociológico. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal: parte geral volume 1**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BINGEMER, Maria Clara Lucchetti; BARTHOLO JR, Roberto dos Santos. **Violência, crime e castigo**. São Paulo: Edições Loyola, 1996.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Organizado por Michelangelo Bovero; tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 29.ed. atual. e ampl. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. São Paulo: Saraiva, 2002. Coleção Saraiva de Legislação.
- BRASIL, Programa Nacional de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/pndh/index.htm>>. Acesso em: 28. nov. 2002.
- BRASIL, **Código de processo penal**. 8.ed. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. São Paulo: Saraiva, 2002. Legislação Brasileira.
- BRASIL, Lei 9.455, de 07 de abril de 1997. Define crime de tortura e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, D.F. 8 de abril de 1997.
- CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito constitucional: e teoria da Constituição**. 6.ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2002.

- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CHAMPANHOLE, Adriano; CHAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Todas as constituições do Brasil**. 2.ed. 2ª tiragem, São Paulo: Atlas, 1976.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- COTRIM, Gilberto. **História global**: Brasil e geral. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- DEMO, Pedro. **Conhecimento moderno**. 4.ed. Petrópolis, R.J: Vozes, 1997.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- DULCE, Chaves Pandolfi et al. (Org) **Cidadania justiça e violência**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FALLA, Fernando Garrido. **Las transformaciones del regimen administrativo**. Madri: Instituto de Estudos Políticos, 1962.
- FERRAZ JÚNIOR. Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. **Dicionário aurélio eletrônico**: século XXI, Lexicon Informática Ltda., correspondente à versão integral do novo dicionário Aurélio Século XXI, publicado pela editora Nova Fronteira.
- FONSECA, Eduardo Giannetti. **Auto-engano**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.
- FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. 7.ed., rev. atual. e ampl. 2.tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FREITAG, Bárbara. **Intinerários de antigona**: a questão da moralidade. Campinas, São Paulo: Papirus, 1992.
- FRIED, R. **Lições objetivas de direito administrativo**: para concursos públicos e universitários. São Paulo: Saraiva.1999.

GASPARI, Elio, **A ditadura escancarada**. São Paulo: Companhia da Letras, 2002

_____. **A ditadura envergonhada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1991.

GILISSEN, John. **Introdução histórica do direito**. 2.ed. Tradução de A.M.Hespanha e L.M.Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gusbenkian, 1995.

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

GOYARD-FABRE, Simone. **Fundamentos da ordem jurídica**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original : Les Fondaments de L' Ordre Juridique.

HUISMAN, Denis. **Dicionário de obras filosóficas**. Tradução de Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HOLLOWAY, Thomas H. **Polícia no rio de janeiro**: repressão e resistência numa cidade do século XIX. Tradução do inglês por Francisco de Castro Azevedo. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1997.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução com introdução e notas de Valério Rohden baseada na edição original de 1788. São Paulo: Martins Fontes, 2002

LA TAILLE, Yves de. **Vergonha, a ferida moral**. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2002.

LAZZARINI, Álvaro. **Do poder de polícia**. revista de jurisprudência do TJSP, v. 98/20.

LOCHE, Adriana; FERREIRA, Helder; SOUZA, Luís Antônio; IZUMINO, Wânia. **Sociologia jurídica**: Estudos de Sociologia, Direito e Sociedade. Porto Alegre: Síntese, 1999.

LUZ, Egberto Maia. **Direito administrativo disciplinar**: teoria e prática. 3.ed. São Paulo: RT, 1994.

MARQUES. José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 4v. São Paulo: Bookseller, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, 19.ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo et al. São Paulo: Malheiros, 1994.

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MONDIN, Battista. **Introdução à filosofia**: problemas, sistemas, autores, obras. Tradução de J. Renard. São Paulo: Paulus, 1980.
- MOSSIN, Heráclito Antônio. **Curso de processo penal**. 4.v, 2.ed. São Paulo: Atlas, 1998. 4.v.
- OLIVEIRA, Luciano. **Direito, sociologia jurídica, sociologismo**: notas de uma discussão. Texto apresentado no 8º Encontro Nacional da ANPOCS (Águas de São Pedro, São Paulo, outubro de 1984), no Grupo Direito e Sociedade.
- OMENA, Nivaldo Wanderley de. **Da barbárie ao humanismo**: síntese histórica da pena. Salvador: Contemp Editora Ltda., 1989.
- ONU: **Relatório sobre a tortura no brasil**. Nigel Rodley. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/denunciar/tortura/sos/rodley/index.html>>. Acesso em: 06. dez. 2002.
- PELUSO, Luis Alberto. **O Projeto da modernidade no brasil**: o compromisso racionalista dos anos 70. Campinas, São Paulo: Papirus, 1994.
- PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos penais do brasil**: evolução histórica. Bauru, São Paulo: Jalovi, 1980.
- PINHEIRO, Paulo Sérgio; NETO, Paulo de Mesquita. **Direitos humanos no brasil**: perspectivas no final do século. Disponível em: <<http://mre.gov.br/revista/numero06/dirhumbr.htm>>. Acesso em : 15 maio. 2002.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional**. São Paulo: Max Limonadi, 1996.
- RIBEIRO JÚNIOR, João. **Pequena história das heresias**. Campinas, SP: Papirus, 1989.
- RICOEUR, Paul. **Em torno ao político**. São Paulo: Edições Loyola, 1995.
- RIVACOBIA, Manuel de Rivavoba y. **Crisis y pervivencia de la tortura**: estudios penales, Libro homenaje ao professor J. Antón Oneca: Ediciones Univarsidad de Salamanca, 1982.
- ROSSETTO, Enio Luiz. **A Confissão no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2001, coleção temas jurídicos.
- RUDIO, Franz Victor. **Introdução ao projeto de pesquisa científica**. 29.ed. Petrópolis: Vozes, 1986.

- SALDANHA, Nelson. **Ética e história**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- _____. **Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais**: na constituição de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 1998, 863p.
- _____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- SILVA, Germano Marques da. **Curso de processo penal**. 4v. Lisboa: Verbo, 1994.
- SILVA JÚNIOR, Euclides Ferreira da. **Curso de direito processual penal**: em linguagem prática. 2.ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.
- SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim. **Sociologia e direito**: textos básicos para a disciplina sociologia jurídica. 2.ed. São Paulo: Pioneira, 2001.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 4v. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- TUGENDHAT, Ernest. **Lições sobre ética**. 4.ed. Tradução grupo de doutorandos do curso de pós-graduação em Filosofia da Universidade do Rio Grande do Sul; revisão e organização da tradução Ernildo Stein e Ronai Rocha. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1996.
- VERRI, Pietro. **Observações sobre a tortura**. 2.ed. Tradução de Frederico Carotti. Prefácio de Dalmo de Abreu Dallari. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- VIANNA, Hélio. **História do Brasil**. Vol. II, Monarquia e República. 6.ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1967.
- VIGNOLES, Patrick. **A perversidade**: ensaio e textos. Campinas, São Paulo: Papirus 1991.
- WALKER, Ralph. **Kant e a lei moral**. Tradução de Oswaldo Giacóia Júnior. São Paulo: Editora UNSP, 1999.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: RT, 1997.