



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
Departamento de ciências jurídicas

THIAGO DE OLIVEIRA ROCHA

ORIENTADOR: Prof. Dimas

O tratamento internacional da Tortura

Artigo destinado à conclusão da disciplina de Direito Internacional, ministrada pelo professor Sr. Doutor Dimas.

GOIÂNIA
2010

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	2
CAPÍTULO I	3
A TORTURA E O SEU CARÁTER PERPÉTUO	3
1.1A tortura na Antiguidade.	5
1.2 Tortura na Grécia Antiga.....	9
1.3 Tortura na Roma Antiga.....	10
1.4 Tortura na Idade Média.....	10
1.5 Tortura no Direito Germânico	11
1.6 Tortura no Direito Canônico.....	11
1.6.1 O Tribunal do Santo Ofício	12
1.7 O Século das Luzes.	13
CAPITULO II	17
A ASCENÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	17
2.1 A Segunda Guerra Mundial e o Esclarecimento pelo Terror	17
2.1.1 Tratados Internacionais	19
2.1.2 Pacto dos Direitos Cíveis e Políticos de 1966	17
2.1.3_A Declaração Sobre a Proteção de Todas as Pessoas Contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1975 e a Convenção Contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes.....	20
2.1.4 Tratado de Istambul	22
CONCLUSÃO.....	24
BIBLIOGRAFIA	25

INTRODUÇÃO

A tortura nem sempre foi vista coletivamente com ares de desumanidade e reprobção. Por séculos foi utilizada como um método de expiação com um caráter de religiosidade baseada em reparação pelos pecados, como método de consecução de provas levando a abusos que usufruíam de liciedade e conformação, ou ainda como punição.

É interessante notarmos que com o passar do tempo a tortura ganhou a roupagem aviltante na medida em que o direito era difundido como inato a todos, não era seletivo, mas reconhecedor das particularidades, não era um privilégio, mas uma garantia.

Este artigo busca consagrar as peculiaridades e repercussões da tortura no âmbito internacional. Um questão que apesar de ser objetiva sob a perspectiva de negar atos de tortura, revela tal ordem de acontecimento que descortinam sua complexidade trazendo a questão da crescente reivindicação dos direitos humanos, ou da suficiência ou possibilidade de coexistência de uma conjugação paradoxal entre os direitos humanos e a sociedade do risco com seu emergente recrudescimento de penas e excessiva criminalização.

O intento é demonstrar a importância do tema em si, definindo-o a partir das premissas históricas, reforçando os ideais inscritos pelo Direito Internacional na utilização de Tratados, Convenções, Protocolos, Comitês, Comissões.

Uma mera conceituação nos leva a massificação e difusão de um intento cuja bandeira é erguida por ONG's, Organismos Internacionais de proteção, diplomas legais nacionais e tratados internacionais. Cabe assinalar se tal difusão é reflexo de uma implementação legal materialmente sentida, concluindo-se da lenta evolução social até o salto humanístico pós segunda guerra mundial, ou se é pressuposto idealístico de aspectos legais seriamente comprometidos por seus efeitos formais meramente simbólicos, cuja aplicabilidade está no porvir. No mais o presente artigo pretende contribuir com os estudos e alertas sobre a tortura.

CAPÍTULO I

A TORTURA E O SEU CARÁTER PERPÉTUO

A tortura foi definida pela Associação Médica Mundial, em assembléia realizada em Tóquio, a 10 de outubro de 1975, como:

a imposição deliberada, sistemática e desconsiderada de sofrimento físico ou mental por parte de uma ou mais pessoas, atuando por própria conta ou seguindo ordens de qualquer tipo de poder, com o fim de forçar uma outra pessoa a dar informações, confessar, ou por outra razão qualquer.

Apesar da relevância do conceito de tortura aqui não adentraremos neste aspecto considerando os tratados e convenções, porque apesar de um princípio da legalidade cada vez mais reivindicado modernamente e com ele a própria taxatividade, o correto é que tal preocupação conceitual somente ganha relevo ante a expectativa geral séria das diversas frentes acadêmicas, diga-se a psicologia, a sociologia, o direito, a história etc... que insurgem-se contra tal prática pelas penas desarrazoadas, pelo *modus operandi* das investigações e ausência de técnicas de apuração da tortura. Por essa razão é necessário preludirmos com a historiografia da tortura.

Dalmo de Abreu Dallari expõe em seu prefácio sobre Verri e a obra *Observações Sobre Tortura* as palavras deste sociólogo italiano¹:

A cena é extremamente cruel, e meu punho a transcreve a duras penas; mas se o calafrio que sinto servir para poupar nem que seja apenas uma vítima, se se deixar de infligir uma única tortura graças ao horror que passo a expor, será bem empregado o doloroso sentimento que me toma, e essa esperança é minha recompensa.

Palavras que podemos receber com assombro e sem qualquer reserva, por ressentir-nos de nossa indiferença, ou da indiferença alheia, por lembramo-nos que ecoa na contemporaneidade os sons dos estalos das brasas incandescente da santa inquisição medieval, ou arrepiam-nos o vento das

¹ VERRI, Pietro, *Observações sobre a Tortura*. O autor viveu de 1728 a 1797, sendo filósofo, economista, historiador, e uma das referências notáveis de luta

celas úmidas das masmorras da Ilustração, todos descritos no hino libertário e revelador da infâmia encabeçado por Cesare Bonesana, Marques de Beccaria, (com o seu livros *Dos delitos e das Penas* de 1764), louvável, mas que lamentavelmente mantem um mérito impar que a atualidade não ousou somar.

Se por um lado tínhamos a figura do governante sem legitimidade e escrúpulos, preocupados apenas com a preservação de seus privilégios, sem nenhuma possibilidade de serem amados, usando amplamente do terror para manter o povo submisso. Por outro, os próprios cidadãos, em razão de sua ignorância, fomentaram essa dominação.²

Vale a pena nos determos em certos enunciados filosóficos e ate mitológicos para que passemos a entender a tortura como fruto de um consenso, amplamente difundido em diversas sociedades com o significado benéfico³, ou, demonstração última de que alguém deve algo. Pouco nos basta um estudo pormenorizado das intenções legislativas quando o problema é de ordem sócio psíquica, pois as ações continuariam ali alojadas no caráter daninho dos sectários de tais práticas, seja com o fim deliberadamente escuso de abuso, seja sob a justificação de um meio necessário para manutenção da ordem e poder.

Na história grega temos um apurado exemplo do quão antiga é a relação entre tortura e legitimidade, tortura e punição, estampada em sua mitologia que trata o perfil a ser seguido à época, ao dar a um ladrão a punição, pois: Prometeu responsável por roubar o fogo de Zeus e dá-lo aos homens garantindo-lhes superioridade ante os animais, foi condenado por Zeus a pena de 30.000 anos amarrado a uma rocha, enquanto a grande Águia comia

² FERREIRA, Regina Cirino Alves, *Caso Tiradentes e Repressão Penal: Passado e Presente*, Revista Liberdades, n1, agosto de 2009, Publicação IBCCRIM, disponível em: [HTTP://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdade/_pdf/01/historia.pdf](http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdade/_pdf/01/historia.pdf)

³ Quanto ao vocábulo, benéfico, neste sentido significa a utilização da tortura desprovida da conotação de julgo e imposição, diga-se, conforme o estudo realizado por Maria Gorete Marques de Jesus expondo os relatos de Tortov e Clastre, acerca das crueldades cometidas contra indígenas e a identificação por este autor de dois tipos de sociedade dentre elas *a sociedade do sacrifício*, cujo assassinato é de natureza religiosa e se faz travestida de uma ideologia oficial de ordem pública, com a tortura de importância ritualística, muitas vezes um rito de iniciação e passagem, marcando no corpo as leis de uma tribo, uma espécie de demonstração pessoal pelo jovem do forte vínculo em relação a seus pares que igualmente passaram por aquela experiência que não **era sujeição do torturador ao torturado, mas uma manifestação de igualdade de que não há de se submeter e tão pouco desejar o poder.** (JESUS, Maria Gorete Marques de. *O Crime de Tortura e Justiça Criminal, um estudo dos processos de tortura na cidade de São Paulo*, pág 40)

o seu fígado, feito dia após dia.

Este mito grego analogamente e adequado à patente realidade mostra a capacidade irascível do homem de legitimar os mais cruéis atos. Alias isso justifica o nosso perpassar pela história a partir deste momento, lançando mão de vários estudos sobre o tema, pesquisas relevantes encontradas em diversos sítios acadêmicos que nos deixam a par do caráter perpétuo da dor sofrida por aqueles torturados, que fosse por alguns instantes ou por vários dias, foram marcados eternamente por um desejo soberano de sangue, um ato injustificável que compunha-se de ira gratuita e exercício açodado de uma razão débil e atroz.

Uma leitura atenta destes mitos são reveladores dos modos de pensar e a sistemática de valores que subsistiram por longo período, como também exteriorizam as diferentes formas de expressão do pensamento grego.

1.1 A tortura na Antiguidade.

Este período vai desde a invenção da escrita (4000 a.C a 3500 a.C) até a queda do Império Romano do Ocidente (476 d.C) e início da Idade Média.

A já sabida utilização dicotômica da tortura como uma pena, e como meio de confissão estava judicializada neste período, ou seja, era realizada pelo Estado, porém não continha tipicidade penal, era uma literalidade processual e punitiva somente vindo a ser questionado no século XVIII.

A tortura apesar de apenas conter disposição legal ainda recente, usufruiria de séculos de inadmissão, ao menos simbólica, se não houvesse sido imantada absurdamente como uma pratica processual utilitarista e excessiva desde os tempos da vingança privada⁴.

⁴ ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré, *As Tres Escolas Penaes*, 3 Ed.. p.13.ss Este autor assinala de modo bastante eloqüente que este período foi o germen da estruturação legal procedimental de um dado sistema, como no direito

Apesar das conclusões de que com o passar do tempo o vínculo de sangue, como elo de legitimação de punições, começou a incutir a razão de que a vingança privada era de uma nítida inutilidade e que a satisfação de um direito baseado em ação e retaliação impunha como resultante tal quantia de mutilados e mortos que não havia benefícios que o ofendido pudesse alcançar maiores que os males do decrescente estado de segurança. A tortura vê-se erguida a categoria mais sistematizada, não apenas fruto do eventual revide infundável típico da vingança privada, mas pertencente ao rol punitivista de Códigos antiqüíssimos como o de Hamurabi⁵ (1728-1686 a.C) da Babilônia e o de Manu (mais recente que o de Hamurabi em 1.500 anos) já insertos no período de vingança pública, cujo refinamento deu-se na Lei da XII Tábuas, na queda da Monarquia e aparecimento da República “na qual são estipulados delitos privados (delicta) fora dos quais não se admitia a vingança privada, sendo reafirmada a regra que impunha limites a vingança, bem como fomentada a composição.”⁶

Antonio Moniz Sodre de Aragão afirma:

Mas este período marca ainda uma época de terríveis crueldades. Se é verdade que a passagem da pena-vingança à pena talião e da pena-talião à pena equivalente, em dinheiro ou prisão, importava sempre em uma diminuição do sofrimento individual do delinquente que ainda nessa fase da pena corporal, que tanto se generalizou na idade média, feróz era o sistema repressivo que se assentava então na dupla idéia da intimidação do culpado e da expiação da culpa

Nas palavras de Enrico Ferri:

Na humanidade primitiva. – A vida pré-histórica, que se pode reconstruir – com os dados ou resíduos paleontológicos – nas suas condições elementares de existência social e individual, não fornece elementos para lhe delinear a forma da justiça penal, apesar de a freqüência das crueldades, das mutilações, da cicatrizes nos ossos humanos e a abundância e a variedade das armas ofensivas documentarem a freqüência das agressões (na guerra e pelo crime).

penal, inicia-se e “se desenvolvem desde que há um agrupamento de homens em convívio social. É certo que na infância da humanidade não existem códigos de leis; há porém, hábitos e costumes que se impõem aos membros da coletividade como um dever que não pode ser impunemente violado... Mas a manifestação mais antiga e mais rudimentar desta reação contra os atos que são contrários às condições básicas de existência social, é a vingança privada.”

⁵ A tortura aqui não tinha definição, pois, a justiça era por vezes a própria configuração atual da tortura cuja a legitimidade era consensuada no âmbito do revide. O bem era algo como se para punirmos o mal tivéssemos que lhe imputar igual crueldade e intensidade.

⁶Delmanto, *Código Penal Comentado*, 8 ed., p.55.

Deve-se dizer que havia uma vingança defensiva (grifo nosso) e não somente vingança (como fazem os criminalistas e historiadores do direito), visto que na reação do ofendido contra o ofensor, além do ressentimento de vingança pelo passado, há também a intenção, mais ou menos consciente da defesa para o futuro, reduzindo o ofensor à impossibilidade de repetir a agressão, matando-o, ou dando-lhe a impressão de que tal repetição não lhe convém.⁷

Percebe-se que a prática da tortura era concebida como algo inerente à punição. Os castigos corporais infligidos aos condenados apresentavam não somente a pretensão de lhes causar dor e sofrimento, mas também deixar no corpo as marcas que tornariam visíveis os seus delitos. No caso da tortura utilizada como meio de produção de prova, como método de obter a confissão dos acusados de determinados crimes, tinha também a função de castigar, mesmo que os acusados nada tivessem nada para confessar.⁸

Outra oportunidade de percebermos uma contradição que traz à tona a problemática dos direitos humanos versus *ius puniende e persequendi* é a de que no século XII com a reintrodução da tortura judiciária, há também a afirmação do Decreto de Graciano⁹ (um dos livros que faziam parte do chamado *Corpus Iuris Canonici*¹⁰) no qual havia: a proibição do processo contra o ausente, expresso no brocardo *Nec absente eo quem accusare voluerint, quibuslibet accusare permittatur* (Decreto de Graciano, causa II, questão 8, cap. I), a proteção contra autoincriminação, *nemo tenetur se detegere*, contudo, a confissão ainda usufruía de enorme prestígio para imputação sendo necessária para a prolação da sentença, o que traz-nos ao atualíssimo inconformismo com os métodos de consecução de provas e depoimentos constantes dos anais jornalísticos hodiernos. 11

⁷ FERRI, Enrico, Princípios de Direito Criminal, Bookseller, 2003 pág. 33 ss.

⁸ JESUS, Maria Gorete Marques, *o Crime de Tortura e a Justiça Criminal, Um estudo dos processo de Tortura no Estado de São Paulo*. Universidade de São Paulo, Departamento de Sociologia. 2009.

⁹ YOKOHAMA, Marcia C.D, *Direito ao Silêncio no Interrogatório*, disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br>. Graciano foi um monge professor de Teologia em Bolonha que redigiu este decreto na tentativa de estabelecer uma harmonia entre os cânones discordantes.

¹⁰ WINROTH, Anders, *The Make of Gratian's Decretum. O Corpus Iuris Canonici é a codificação composta de cinco partes, redigidas do século XII ao século XV: o Decreto de Graciano (cerca de 1140), as Decretais de Gregório (1234), o Livro Sexto (1298), as Clementinae (1314), as Extravagantes de João XXII (1324) e as Extravagantes Comuns (século XV).*

¹¹ YOKOHAMA, Marcia C.C, *apud Almeida Junior*, artigo: *Direito ao Silêncio no Interrogatório* disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br>.

1.2 Tortura na Grécia Antiga

“Conforme Burihan, em razão da falta de trabalhos sobre procedimentos penais da civilização grega antiga, as principais fontes para o estudo da tortura são os oradores e dramaturgos gregos.”¹²

Na sociedade grega havia uma diferenciação entre os cidadãos e não cidadãos. Os primeiros, livres oriundos das cidades republicanas gregas sem o que os levasse a suportar o rigor de quaisquer penas cruéis, como a tortura, salvo no caso de crimes contra o Estado¹³, os últimos, escravos ou fadados a ocupações consideradas abjetas, como também as mulheres, todos destituídos de quaisquer direitos a mercê dos mais imensuráveis atos de violação.

Assinala Maria Gorete Marques de Jesus a então mestre, responsável por um estudo dos Processos de Tortura na cidade de São Paulo:

Somente submetidos à tortura é que sua confissão tinha credibilidade. Conforme Mario Coimbra, os escravos eram submetidos à tortura com base na concepção de que “a dor por eles sentida substituía o juramento que seus senhores prestavam de dizer a verdade.” Desse modo o testemunho do escravo obtido por meio de tortura apresentava maior credibilidade do que aquele prestado pelo homem livre sem nenhuma coação.¹⁴

1.3 Tortura na Roma Antiga.

Existem três períodos distintos a serem explicitados cada qual com sua peculiaridade: o primeiro era de natureza sacramental, o período Monárquico (século 750 a.C a 509 a.C), onde religião e direito eram faces de uma mesma moeda, pois a autoridade do rei mesclava-se à superioridade dos sacerdotes e deste modo exercia poder amplo sobre a vida e morte daqueles que praticassem crimes. A pena continha natureza expiatória, um meio de abrandar a cólera divina e exortar o mal cometido contra a comunidade

¹² JESUS, Maria Gorete Marques, cfr, nota 16. Ob.cit.

¹³ JESUS, Maria Gorete Marques, ob. Cit. Pag. 22

¹⁴ JESUS, Maria Gorete Marques, ob. Cit. Pag 22.

religiosa com a punição. O segundo possuía maior delineamento do direito e da religião, permitindo uma diferenciação plausível e coerente. Era a República (509 a.C), com a separação clássica entre religião e Estado, dando azo aos castigos sem conotação expiatória ou um referencial sacro abrasivo da punição, o que traria paz, assim era definido que apenas os escravos podiam ser torturados e somente quando tivessem sido acusados de algum crime.

Mais tarde, eles passaram a ser torturados também como testemunhas. Tal como na Grécia, o escravo era torturado porque se acreditava que não havia modos de sensibilizá-lo “no sentido moral e cívico, a dizer a verdade.”¹⁵

Como na civilização Grega os homens livres não poderiam ser submetidos à tortura, exceto quando conspiradores. O apontamento significativo que podemos fazer deste período é o de que passou a haver diferenciação entre delitos públicos e privados, sendo que igual separação passou a coexistir na figura da tortura, pois havia a tortura pública, aplicada pelo Estado, e a privada, aplicada pelo Senhor.¹⁶

O último período é o do Império (século 31 a.C a 426 d.C), onde o retrocesso e o despotismo deixaram a sua marca de centralização de poder e aniquilação das conquistas do período antecessor, aqui, a qualquer cidadão poderia ser infligida a tortura não apenas como meio de confissão, mas como maneira de submeter o cristão à negação de uma fé monoteísta, pois lá estavam os deuses do reino imperial sob a pecha da adoração desviada de seus súditos, sendo fácil notar a confusão entre religião e Estado que outrora provocou estas mesmas distorções no período Monárquico.

Quanto ao desfecho deste período Imperial e a conseqüente mitigação das restrições da liberdade religiosa por Constantino e Licínio (no ano de 313 d.C) que resultou na proclamação do Cristianismo como única religião em 379 d.C por Graciano, Valentino II (Ocidente) e Teodósio I (Oriente) é essencial que apresentemos que o interesse deste trabalho em apresentar estes aspectos é o de repisar que o conhecimento dos importantes

¹⁵ JESUS, Maria Gorete Marques, ob. Cit. Pág 22 A autora cita em diversos trechos enunciados de Coimbra

¹⁶ Ob.ct.

acontecimento destes períodos nos deixa a par de uma visão global e de uma compreensão das intersecções entre as diferentes sociedades que indistintamente mantiveram um núcleo intangível de uma irracionalidade judicializada e compartilhada dentre os detentores do poder. Essa irracionalidade era difundida entre a população que desprovida do pensamento democrático hodierno não sabiam compor sua oposição ou sequer opinar contra determinados fatos como a tortura, mais fácil seria aderir ao comodismo bovino insípido e pesar sobre os ombros do torturado a antecipação de uma culpabilidade, pois se o estado assim o fez é porque eis ali um culpado.

Alfim, Teodósio, no ano de 395 d.C dividiu o Império Romano em Ocidente e Oriente, cada qual de um filho, sendo que o primeiro foi destruído em 476 pelos bárbaros e o último invadido e conquistado pelos turcos em 1453.

A questão fundamental é que os argumentos em prol de tal prática, durante o transcurso do Direito Romano, não baseavam-se em negar a tortura ante a cristandade, mas partir de um princípio de sua não evitação no âmbito do direito penal, cujo curso normal culminaria por vezes em tal evento.¹⁷

1.4 Tortura na Idade Média

¹⁷ <http://www.dhnet.org.br/dados/projetos/dh/br/tmmais/historia.html>. Interessante passagem do texto extraído deste sítio é a que afirma a dicotomia entre a posição cristã ante tortura, uma recomendação omissiva, a ordem era “não realizar a tortura” e de não evitá-la ante o Direito Penal. “Pouco antes de Agostinho, em 382, o Sínodo Romano, presidido pelo Papa Dâmaso, remete alguns cânones aos bispos da Gália, entre os quais se declara expressamente que não são livres de pecado os funcionários civis que “condenaram pessoas à morte, deram sentenças injustas e exerceram a tortura judiciária. Apenas vinte anos após aquele sínodo ocorre uma virada no pensamento do magistério pontifício da Igreja. O Papa Inocêncio I (401-417) escreve em sua Epístola VI: “Pediram-nos a opinião sobre aqueles que, após haverem recebido o batismo, tiveram cargos públicos e exerceram a tortura, ou aplicaram sentenças capitais. A este respeito nada nos foi transmitido”. **Iniciava-se, pois, o consentimento implícito às normas processuais romanas, apesar da suposta cristianização do Império (grifo nosso)**. Entendia-se que a Igreja não podia reprovar o uso da espada no Direito penal, uma vez que isso decorria da própria “vontade de Deus”. E considerando que o Estado, após Constantino, contava com um número sempre maior de funcionários cristãos, exigir que se mantivesse frente a ele a mesma atitude crítica de Tertuliano, de Lactâncio, de Agostinho e de todos que sentiram de perto a perseguição, significava – aos olhos da nova teologia do poder – impedir a justiça penal de seguir o seu curso “normal”. “

A Idade Média inicia-se no século V, com o fim do império Romano do Ocidente e a depressão econômica pela pouca circulação comercial, indo até o século XV com a retomada comercial e o renascimento urbano.

Assinale-se que nesse período existe a supremacia da Igreja Católica e a coexistência de três ordens jurídicas distintas: O Direito Romano, o Direito Germânico e o Direito Canônico.

1.5 Tortura no Direito Germânico

Os usos e costumes germânicos foram sendo mesclados com o Direito Romano. O direito germânico possuía características retrogradadas em matéria de culpabilidade, individualização da pena e proporcionalidade das penas, pois continha a vingança de sangue de um membro pertencente a mesma tribo. Havia uma divisão entre público e privado: as penas de delitos públicos (traição, deserção, rebelião etc..) que davam-se principalmente com a chamada “pena de paz” (na qual a morte era um resultado previsível, já que qualquer pessoa poderia tirar a vida do infrator) e as penas de delitos privados, aplicando-se como costume a faida (vingança privada), que se estendia a todos os parentes do agressor.¹⁸

No momento em que foram sendo incorporados certos institutos do Direito Romano e do próprio Cristianismo, a vingança de sangue foi dando lugar ao ressarcimento privado, composta de reparação pecuniária e pagamento a título de pena à vítima, sua família ou tribo e mesmo diante de delitos públicos, igualmente tinha o agressor a oportunidade de recompor a paz mediante pagamento ao Estado.

1.6 Tortura no Direito Canônico

O Direito Canônico é marcado pela autoridade suprema da Igreja

¹⁸DELMANTO, *Código Comentado*, pág. 57, 2010, 8ª Ed., Editora Saraiva.

Católica, sendo que ilícito era uma questão de imputação discricionária compreendendo um corpo de normas chamado de *Corpus Iuris Canonici*, que compreendia o *Decretum Gratiani* (1140) posteriormente sucedido pelos decretos dos pontífices romanos Gregório IX, de Bonifácio VIII e pelas Clementinas, de Clemente V.¹⁹

Conforme depreende-se da obra de Winroth:

O *Decretum* de Graciano, era de fato um livro, a lei válida, o mais antigo e mais volumosa parte do *Corpus Iuris Canonici*, dos tribunais eclesiásticos da Igreja Católica até 1917.

É óbvio que os livros que foram usados por tão longo tempo tiveram grande influência. O Decreto de Graciano foi um dos pilares do direito canônico. Sua definições de conceito e terminologia bem como soluções reais para problemas jurídicos foi definitivo para sobreviver a mais recente compilação da Igreja Católica, o *Codex Iuris Canonici de 1983*. Mas a influência do Decreto de Graciano não se restringe à lei da Igreja Católica. Durante o Idade Média, as áreas de Direito Canônico regulamentavam o que hoje seriam consideradas como seculares, tais como negócios, guerra e casamento. Juntos o direito romano e o direito canônico formaram uma coerente e autónomo sistema, o chamado *Ius Commune (European Common Law)*. Este sistema era o único sistema jurídico que foi estudado nas universidades, e durante a idade média (e em alguns países também muito mais tarde) foi de fato utilizado na prática judiciária local e na produção de legislação local codes. Essa influência ainda é sentida na legislação moderna, por exemplo, as regras relativas aquisição de terceiros de boa-fé de bens roubados. Em tal casos, o direito moderno tende a seguir Graciano fortemente em proteção aos direitos do original ou possuidor do direito romano na proteção das aquisições feitas de boa fé.²⁰

1.6.1 O Tribunal do Santo Ofício

O tribunal do Santo ofício, foi criado em um dos períodos históricos de maior evidencia, relevância e publicidade, contando com o embate entre a igreja Católica e o estado laico, equiparando a heresia ao crime de lesa majestade, logo, este tribunal considerava crime qualquer ato que viesse a agredir os costumes e a fé. Uma crítica mais atual sobre a questão

¹⁹WINROTH, Anders, *The Making of Gratian's Decretum*, Cambridge University Press. O próprio Graciano nomeou seu trabalho de *Concordia Discordantium Canonum (Concordia entre Canones Discordantes)*, pois Graciano tentou harmonizar textos aparentemente discordantes entre si, discutindo sobre diferente interpretações e soluções, uma dialética que propiciou que outros trabalhassem com o Decreto desenvolvendo suas próprias soluções e comentários.

²⁰ WINROTH, Anders. *Ob cit*, pág.2

traz-nos outros desdobramento, além dos inúmeros atos de tortura e aflição, ao apontar o déficit pretérito de uma legalidade estrita e utilização em demasia dos conceitos abstratos. Questões que na atualidade usufruem de enorme discussão no meio acadêmico internacional, diga-se, que principalmente no Direito Penal.

Em 1214, período do papado de Inocêncio III, o Tribunal do Santo Ofício adotou o procedimento inquisitório. Inicialmente a confissão era voluntária, os acusados falavam sem que houvesse coação física. Posteriormente, a confissão foi perdendo seu caráter voluntário e passou a ser compulsório mediante tortura.²¹

No século XII, o sistema acusatório vigorava distintamente do sistema inquisitorial que passou a ser o adequado durante o século XIII, cada qual com características bem distintas, o primeiro exigia apresentação de acusação por escrito, já o segundo baseava-se na denúncia anônima, o que veio colocar a confissão, sob a perspectiva probatória, como a “rainha das provas” .²²

O sistema inquisitorial chegou a ostentar tal prestabilidade, que a inserção da tortura como meio de produção de prova trouxe uma espécie de convalidação da confissão, que se baseava em validar tal ou qual confissão cometida sob tortura submetendo o confessor, no dia posterior à confissão, a uma nova tortura.²³

É certo que este panorama histórico contribui sobremaneira para afastar as mais auspiciosas impressões filosóficas sobre a natureza boa do homem. Rousseau afirmou “o homem nasce bom e a sociedade o corrompe”, contudo, essa afirmação nos leva a pensar em um adendo ao enunciado, o de que a “sociedade nasce má”.

1.7 O Século das Luzes.

²¹ JESUS, Maria Gorete Marques de, *Apud*

²² PETERS, Edward. *Tortura*. São Paulo, Ática, 1989, p.52

²³ PETERS, Edward. *Tortura*. São Paulo, Ática, 1989, p.78

O movimento iluminista subsidiou ideologicamente as mudanças no mundo moderno, influenciando movimentos como o da Revolução Francesa, a Independência Americana e cartas de direitos como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789²⁴.

Neste período ocorre a evolução social ante o estado racional, no movimento pela humanização do direito e no humanismo de Thomas More, que com o seu livro a Utopia (1516), faz críticas ao sistema social inglês da época, Francis Bacon, na obra Nova Atlantis, (1602), em defesa do progresso e sucessivamente Ugo Grozio, ao publicar Direito de Guerra e de Paz (1625) e principalmente Thomas Hobbes²⁵, como aquele que nesse período mais contribuiu, com a feitura da obra, Leviatã (1651)²⁶ e Do Cidadão(1651).

O entendimento sobre direitos naturais indissociáveis faz com que Tomas Hobbes (1588-1679), um ícone do pensamento político inglês, inicie em boa medida a fundamentação estrita do Estado, utilizada para as teses contratualistas de Rousseau (1712-1778) e Fichte que entendem o delito no sentido de que o delinquente infringe um contrato de maneira que não mais participa dos benefícios deste. A consequência é a de que: “ao culpado se lhe faz morrer mais como inimigo que como cidadão”. ²⁷

Como bem registra Michel Foucault em Vigiar e punir:

A tortura judiciária, no século XVIII, funciona nessa estranha economia em que o ritual que produz a verdade caminha a par com o ritual que impõe a punição....a presunção é solidariamente um elemento de inquérito e um fragmento de culpa, o sofrimento regulado da tortura é ao mesmo tempo uma medida para punir e um ato de instrução.²⁸

A partir destes filósofos, outros tantos os sucederam, tendo como marco de real progresso do, Cesare Bonesana (Marques de Beccaria), italiano,

²⁴ JESUS, Maria Gorete Marques de, *ob.cit.* pág. 42

²⁵ BASTOS, Marcelo Lessa, Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, NQ 9 -Dezembro de 2006http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/24722/hobbes_contribuicoes_direito_penal.pdf?sequence=1

²⁶ DELMANTO, ob. cit., p.60

²⁷ JAKOBS, Gunther, *Direito Penal do Inimigo*. 4 ed., p.24. Obra objeto de inúmeras críticas, pois sua categorização traria a tona a perigosa e utilitária situação em que o criminoso não continha garantias, era um inimigo e como tal não poderia conter em si o corpo de normas que resguardariam apenas o cidadão.

²⁸ FOUCAULT, Michael. *Vigiar e Punir*. 32 ed. pág. 38 e ss. 1987.

que em 1764, realizou o feito, Dos Delitos e das Penas, de fundamentação rousseoniana segundo o qual:

cada um renunciava uma parcela de sua liberdade ao Estado, a fim de que este assegure o bem de todos e o gozo da maior parte dessa mesma liberdade da qual não se renunciou, sendo a pena necessária somente em função da manutenção desse equilíbrio.²⁹

Sodré retratando o Ilustre autor de Dos Delitos e das Penas afirmou:

Ao seu espírito, altamente humanitário, repugnavam os crudelíssimos suplícios que se inventavam como meios de punição ou de mera investigação da verdade, em que, não raro, supostos criminosos passavam por todos os transe amargurados de um sofrimento.... Ele, nobre e marquez, em vez de escutar, as conveniências do egoísmo, de sufocar a consciência nos gosos tranquilos de uma existência fidalga, em lugar de manter-se no fácil silêncio de um estéril e cômodo mutismo, na atmosfera da ociosa indiferença, ergueu a sua voz saturada por um grande espírito de idéias generosas, em defesa dos mais legítimos direitos dos cidadãos, proclamando bem alto verdades filosóficas e princípios jurídicos até então desconhecidos ou, pelo menos desrespeitados e repelidos.”³⁰

O jusnaturalismo ganhando força ao anunciar que o homem é titular de determinada categoria de direito fundamentais que independia de justificações metafísicas³¹ reafirma:

Já no início da Idade Moderna, com Grotius (séc. XVII d.C.), com seus contemporâneos e com a tradição posterior (Maquiavel, Jean Bodin, Thomas Hobbes, Jean-Jacques Rousseau, John Locke, Spinoza, Puffendorf), o racionalismo moderno universaliza a razão humana, e encontra os fundamentos para a discussão do tema, secularizando a noção de direitos fundamentais eternos, naturais e imutáveis, cuja consagração se deu com as Declarações do século XVIII, em especial com a Declaração de Direitos de Virgínia (1787) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), a perceber-se pelos seguintes excertos:

²⁹ DELMANTO, ob. cit., p.63

³⁰SODRE De Arago, Antonio Moniz, ob.cit. p.18

³¹ BITTAR, Eduardo C. B. *O jus naturalismo e a Filosofia moderna dos direitos: Reflexão sobre o cenário filosófico sobre a formação dos Direitos Humanos*, pág. 2, disponível em: <http://www.panoptica.org>

Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança. (Art. 1o. Declaração de Direitos da Virgínia, 1787).

Os homens nascem livres e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum (Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789).

Salvo a problemática quanto as teorias de fundamentação do estado diversas entre si quanto aos termos do pacto social, foi o iluminismo supedâneo à contemporaneidade do século XX e XXI.³²

³² Cf. ARAUJO, Marcelo, *Justiça Internacional e Direito Humanos: uma abordagem contratualista*, cuja abordagem demonstra os diferentes enunciados contratualistas de Hobbes, Rousseau, Gauthier e a discussão entre a tese do último e de Rawls, disponível em: <http://www.cpgss.ucg.br/ArquivosUpload/24/file/JUSTI%C3%87A%20INTERNACIONAL.pdf>

CAPITULO II

A ASCENÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos possuem um caráter universal, algo que sobrepõe às definições jurídicas

tendo em vista a diversidade cultural própria de todos os sistemas, cujas proibições estabelecidas pelas regras de direito exigem um fundamento de legitimidade consistente na adesão de toda sociedade aos valores universais, metafísicos, que representam o fundo comum de valores chamado de humanidade.³³

Após o iluminismo e principalmente com o advento da Segunda Guerra Mundial os direitos humanos como valores universais se deram em quatro fases distintas: a internacionalização, a positivação, generalização e à especificação.

A internacionalização a partir da positivação internacional; a positivação que culminou na desconcentração do poder e reconhecimentos dos direitos de primeira e segunda geração; a generalização com a tutela jurídica difusa, abrangendo todo ser humano e a especificação com o ser humano sendo reconhecido no plano situacional.³⁴

2.1 A Segunda Guerra Mundial e o Esclarecimento pelo Terror.

É sabido que o período entre as duas Grandes Guerras trouxe a tona uma publicização do terror do holocausto e o sentimento de que nenhum homem pode ter reduzida sua natureza por parvas justificativas de eugenia e

³³ DELMAS-MARTY, Mireille, *apud*. BECHARA, Fábio Ramazzini, *Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal: Eficácia da prova produzida no exterior*. Tese de Doutorado. Pág 53

³⁴ BECHARA, Fábio Ramazzini, *ob. cit.* nota 27.

sobreposição. O mundo deparou-se com o extermínio e a entremência ante a corrida armamentista do período da Guerra Fria.

Ao que parece a razão do homem aguça-se por cada revolta, pois se lhe vem à razão o edonismo de Bentham, também lhe é consciente que a morte não lhe serve como opção, seja sob às orientações utilitárias de Bentham, seja porque o homem possui uma carga correlacional que não parte de um individualismo atomista. O certo é que a tortura, a violência, os desastres não são opções que gerem qualquer bem maior.

2.1.1 Os Tratados Internacionais.

Três anos após a Segunda Guerra mundial assegurou-se no artigo V da Declaração Universal do Homem de 1948 que “ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.”

A ocorrência de tal Declaração, nos moldes positivistas ratificando valores fundamentais que operam irrestritamente, foi um efeito de todo o ocorrido no período de guerra e após a Declaração Universal dos Direitos Humanos outros diplomas internacionais como instrumentos de proteção foram se seguindo. Um exemplo disso é o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, que diz em seu artigo 7 que “ninguém poderá ser submetido a torturas, penas, ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Em particular ninguém será submetido sem o seu livre consentimento à experiência médicas ou científicas”.

O Pacto dos Direitos Civis e Políticos é instituidor de direitos negativos, pois sua eficácia depende da abstenção do Estado e inovador, com a instrumentalização de meios de cobrança dos Estados signatários (accountability) quanto ao cumprimento dos preceitos assecuratórios internacionais. Criou também o Comitê³⁵ dos Direitos Humanos como órgão

³⁵ Os Comitês divergem dos Conselhos de Direitos Humanos que contemplam situações fora das convencionais do examinadas pelos Comitês.

específico para monitoramento dos direitos civis e políticos.

2.1.2 Pactos dos Direitos Civis e Políticos de 1966

O Pacto dos Direitos Civis e Políticos foi feito em 1949 pela Assembléia Geral das Nações Unidas, mas apenas em 1966 ficou pronto, de modo que apenas restava o número de ratificações necessárias, (a de 35 Estados) contudo, foi concluído apenas em 1976. Este pacto pode ser considerado um refinamento dos direitos e deveres já explicitados na Declaração Universal, pois usufrui de maior detalhamento, como ainda estende o elenco garantístico insculpido na Declaração Universal.³⁶

2.1.3 A Declaração Sobre a Proteção de Todas as Pessoas Contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1975 e a Convenção Contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes.

Com a Declaração estipulou-se o conceito de tortura:

Artigo 1º Para os efeitos da presente Declaração, entende-se por tortura todo o acto pelo qual um funcionário público, ou outrem por ele instigado, inflija intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos graves, físicos ou mentais, com o fim de obter dela ou de terceiro uma informação ou uma confissão, de a punir por um acto que tenha cometido ou se suspeite que cometeu, ou de intimidar essa ou outras pessoas. Não se consideram tortura as

³⁶ FILHO, Aécio Pereira; RÉLICA, Andressa; COSTA LIMA, Diana de Melo; SILVA. O Pacto dos Direitos Civis e Políticos. Outrossim afirma: “É importante que fique bem claro que os instrumentos de proteção do Pacto não substituem o sistema nacional, isto é, o Estado tem a responsabilidade primeira pela proteção desses direitos, cabendo ao Pacto uma ajuda subsidiária para superar as omissões e deficiências do sistema nacional, ou seja, ele só entra em ação quando não há mais chance de resolução interna do problema em questão³⁶[3]. Assim, pode-se destacar como mecanismos de monitoramento, congregados entre os artigos 28 e 45 do Pacto, a sistemática dos relatórios periódicos, que consiste na obrigação dos Estados-partes em encaminharem relatórios sobre todas as medidas tomadas, a fim de terem os direitos implementados, sejam elas legislativas administrativas ou judiciárias. Esses relatórios são requeridos periodicamente pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU, que os analisa e extrai observações que são mandadas ao Conselho Econômico e Social da ONU”. Vale assinalar que Brasil aceitou a adesão ao Pacto, sem reservas, mas, no tocante às suas disposições facultativas, essas não foram ratificadas, ficando, assim, de fora o artigo 41 e os dois protocolos facultativos”. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/pb/dhparaiba/2/civis.html>

penas ou sofrimentos que sejam consequência unicamente da privação legítima da liberdade, inerentes a esta sanção ou por ela provocados, na medida em que estejam em consonância com as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos.

O conceito retirado da Declaração foi mais tarde alterado, em 1984 na Convenção das Nações Unidas contra Tortura:

Tortura significa qualquer acto por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa com os fins de, nomeadamente, obter dela ou de uma terceira pessoa informações ou confissões, a punir por um acto que ela ou uma terceira pessoa cometeu ou se suspeita que tenha cometido, intimidar ou pressionar essa ou uma terceira pessoa, ou por qualquer outro motivo baseado numa forma de discriminação, desde que essa dor ou esses sofrimentos sejam infligidos por um agente público ou qualquer outra pessoa agindo a título oficial, a sua instigação ou com o seu consentimento expresso ou tácito. Este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legítimas, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionados.

O reforço à Declaração foi o Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura, depositado em 11 de setembro de 2002 na ONU, promulgado pelo Decreto 6.085 de 19 de abril de 2007 que veio estabelecer um sistema de visitas regulares efetuadas por órgãos nacionais e internacionais independente. Visitas aos locais onde pessoas são privadas de sua liberdade, com a intenção de prevenir a tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (artigo 1º).

Conforme o artigo 2º do presente Protocolo:

Um Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes do Comitê contra a Tortura (doravante denominado Subcomitê de Prevenção) deverá ser estabelecido e desempenhar as funções definidas no presente Protocolo.(...) Subcomitê de Prevenção e os Estados Partes devem cooperar na implementação do presente Protocolo.

A partir destes dispositivos vê-se o incremento das assecurações posteriores oriundas de outros tratados predecessores com mecanismos que viabilizem as garantias e satisfaça materialmente as Declarações, seguindo-se a compulsoriedade dos Estados signatários em manter em nível doméstico um ou mais órgãos de visita encarregados da prevenção da tortura, ou penas cruéis, desumanas e degradantes (doravante denominados mecanismos

preventivos nacionais) (art. 3º)

Mais tarde o conceito e as intenções inscritas no conteúdo da Declaração e os meios de instrumentalização de tais interesses foram manifestadas impositivamente³⁷ a partir da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes.

2.1.4 Protocolo de Istambul.

Com o objetivo de manter a preocupação mundial com relação à tortura, em 2001 na Convenção de Genebra deu-se o Protocolo de Istambul que abarca de modo minudente a procedimentalização e a deontologia que deve ser seguida ante a instauração de procedimentos como Inquéritos legais sobre a prática da tortura (Capítulo 3 pág 23, Protocolo de Istambul), indo desde a “determinação do organismo responsável pelo inquérito” (Protocolo de Istambul pág. 31) até as provas médicas, recolhimento de provas e sua subsequente avaliação, outrossim, temas que fogem da mera objetividade carcerária como: o perfil psicossocial e a situação do condenado anterior a detenção. Deste modo traçando o sofrimento psíquico e físico ocorrido ante a prática da tortura.³⁸

³⁷ A imposição a qual há referencia não é coação, não há uso da força, mas aquelas oriundas dos Relatorios que ao final gerarão recomendações que apesar de não serem executadas por não terem natureza jurídica de sentenças criam o **poder de constrangimento, uma sanção moral** que apela à sensibilização do Estado alvo das Recomendações.

³⁸ A tortura é prática ainda comum e rotineira nas corporações policiais e correlatas, apesar de ser proibida pela Constituição e pela legislação federal (Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997). A complexidade e a deficiência do sistema prisional brasileiro contribuem para a prática de tortura naquelas instalações penais. Pela legislação vigente, não há obrigatoriedade exclusiva para a vítima ter que provar o alegado. Porém, inúmeras decisões judiciais terminam por desconsiderar a palavra do acusado em processo criminal, de que houve de confissão sob tortura.

CONCLUSÃO

O presente estudo, nos leva a ideação do que vem a ser a tortura, um conceito por demais conhecido, contudo sempre logrando uma recursividade necessária para que nenhuma centelha do passado venha a figurar no presente com legitimidade.

O tema tortura na atualidade tem muitas outras possibilidades de estudo. Possibilidades que estão além das premissas dos tratados, como por exemplo: a observação de uma sociedade de sujeitos passivos, cujos os riscos são publicizados de tal modo pelo mundo que sentimo-nos em um crescente estado de insegurança e reivindicador de mais proteção e isto sem que seja levado em consideração o grau de subjetividade do preceito incriminador, ou as técnicas rudimentares de investigação. Tudo disposto de modo a astear a bandeira do combate ao terrorismo, cujo exemplo mais próximo é o ataque de 11 de setembro.

Apesar de que não pude empreender esta outra perspectiva neste artigo, a contribuição de intento mimetista não é de todo infrutífera quando tratamos de um interesse mundial em não simpatizarmos com quaisquer práticas que venham a tolher o ser humano de sua universalidade de vida e integridade física ou psíquica.

A informação dos direitos, dos acenos e instrumentalizações internacionais faz com que reclamemos em nosso território toda a gama de princípios e garantias que já pertencem a história do mundo.

BIBLIOGRAFIA

ARAUJO, Marcelo, **Justiça Internacional e Direito Humanos: uma abordagem contratualista**, disponível em:

<<<http://www.cpgss.ucg.br/ArquivosUpload/24/file/JUSTI%C3%87A%20INTERNACIONAL.pdf>>>

ARAGÃO, A. M. (1928). **As Três Escola Penaes**. Saraiva

BASTOS, Marcelo Lessa, Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, NQ 9 -Dezembro de 2006, disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/24722/hobbes_contribuicoes_direito_penal.pdf?sequence=1>>

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal: Eficácia da prova produzida no exterior**. Tese de Doutorado.

BITTAR, Eduardo C. B. **O jus naturalismo e a Filosofia moderna dos direitos: Reflexão sobre o cenário filosófico sobre a formação dos Direitos Humanos**, pág. 2, disponível em: <http://www.panoptica.org>

DELMANTO, *Código Comentado*.

FILHO, Aécio Pereira; RÉLICA, Andressa; COSTA LIMA, Diana de Melo; SILVA. **O Pacto dos Direitos Cíveis e Políticos**, disponível em: <<<http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/pb/dhparaiba/2/civis.html>>>

FERREIRA, Regina Cirino Alves, **Caso Tiradentes e Repressão Penal: Passado e Presente**, Revista Liberdades, n1, agosto de 2009, Publicação IBCCRIM, disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdade/_pdf/01/historia.pdf>>

FERRI, Enrico, **Princípios de Direito Criminal**, Bookseller, 2003

FOUCAULT, Michael. **Vigiar e Punir**. 32 ed. pág. 38 e ss. 1987.

JAKOBS, Gunther, **Direito Penal do Inimigo**. 4 ed., p.24.

PETERS, Edward. **Tortura**. São Paulo, Ática, 1989, p.52

JESUS, Maria Gorete Marques, **o Crime de Tortura e a Justiça Criminal, Um**

estudo dos processo de Tortura no Estado de São Paulo. Universidade de São Paulo, Departamento de Sociologia. 2009.