

FLÁVIO BOECHAT ALBERNAZ

**OS TRATADOS INTERNACIONAIS CONTRA A TORTURA
E O DIREITO PENAL BRASILEIRO**

MESTRADO EM DIREITO

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
SÃO PAULO – 2007**

FLÁVIO BOECHAT ALBERNAZ

**OS TRATADOS INTERNACIONAIS CONTRA A TORTURA
E O DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direito Penal (Direito das Relações Sociais), sob a orientação do professor doutor Oswaldo Henrique Duek Marques.

**SÃO PAULO
2007**

Banca Examinadora

Dedico este trabalho

Aos meus pais, meus avós e meus irmãos, responsáveis pela minha formação
moral;

À Larissa, minha esposa e companheira, pelo seu amor e pela compreensão nos
momentos de isolamento e apoio naqueles de decisão;

À Bebel, amor da minha vida, que dá sentido à luta por um mundo melhor;

Aos meus velhos amigos do grupo das sextas-feiras, aos quais devo a minha
formação jurídica.

Agradeço especialmente ao professor Oswaldo Henrique Duek Marques pela orientação sempre profissional, rigorosa, imparcial e paciente deste trabalho, desde a introdução até as suas derradeiras linhas.

Agradeço a todos os professores do curso de pós-graduação, que, muitas vezes sem saber, influíram na formação de alguma concepção teórica ou contribuíram para a solução de questões com as quais me deparei em minhas reflexões.

RESUMO

A dissertação versa sobre as influências exercidas pelos tratados internacionais contra a tortura sobre o Direito Penal brasileiro.

Analisa brevemente os principais tratados que compõem o sistema internacional de proteção dos direitos fundamentais, sua formação histórica e os seus princípios, com ênfase nos tratados internacionais contra a tortura firmados no âmbito da Organização das Nações Unidas – ONU e da Organização dos Estados Americanos – OEA.

No ponto central, o estudo analisa o Direito Penal brasileiro, as influências recebidas dos tratados internacionais sobre direitos humanos e o confronto com as obrigações assumidas pelo Brasil perante a comunidade internacional no combate ao crime de tortura. Conclui que, em geral, o Brasil descumpre as obrigações assumidas nos tratados, especialmente no que diz respeito à punição do delito.

Por fim, a dissertação demonstra a influência dos tratados internacionais de direitos humanos em geral, e aqueles contra a tortura em particular, sobre a função exercida pelo Direito Penal à sociedade: garantia de expectativas normativas estabilizadas nos tratados internacionais, que exigem a investigação séria e imparcial, o processo e a punição severa de determinadas agressões a direitos fundamentais da pessoa humana.

ABSTRACT

The study presented hereunder has as its theme the influences performed by the international treaties against torture crimes in the Brazilian Criminal Law.

The very study briefly analyses the main treaties that compose the international system of fundamental rights protection, its historical background and its principles, emphasizing the international treaties against torture made under the United Union – UN and the Organization of American States – OAS.

The core issue of such paper is the study of Brazilian Criminal Law, the influences received by the international treaties over the human rights and it compares that system with the assumed obligations made by Brazil before the international community against torture crime. It concludes that, in general, this country does not obey the former demands accepted in the treaties, especially concerning the criminal punishment.

Finally, the dissertation presents the influence of the international treaties of human rights in general, and those against torture specifically, regarding the function developed by the Criminal Law towards society: as a guarantee of ruled expectations established in the international treaties demanding the impartial, serious and thorough investigation of the proceedings and severe punishment of such aggressions to fundamental rights of a human being.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO I: O sistema internacional de proteção dos direitos humanos.....	11
1.1 – A formação do sistema internacional de proteção dos direitos humanos: antecedentes históricos.....	11
1.2 – A Convenção da ONU contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.....	17
1.3 – A Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.....	23
1.3.1 – O dever de punir.....	26
1.4 – O Tribunal Penal Internacional: a tortura como crime contra a Humanidade.....	36
1.5 – A redefinição do conceito de soberania e a personalidade do indivíduo no Direito Internacional dos Direitos Humanos.....	44
CAPÍTULO II: A tortura no Direito Penal brasileiro.....	50
2.1 – A tortura no Direito Penal Constitucional: a influência do Direito Internacional.....	50
2.2 – Ratificação, incorporação e nível hierárquico dos tratados internacionais de Direitos Humanos.....	53
2.3 – A tortura no Direito Penal infraconstitucional: influências e pontos de conflito e de convergência com os tratados internacionais.....	70
2.3.1 – a legislação anterior a 7 de abril de 1997.....	71
2.3.2 – a Lei 9.455, de 7 de abril de 1997: o tratamento jurídico-penal da tortura no Direito Penal infraconstitucional.....	77
2.3.2.1 – a definição jurídico-penal de tortura dada pelo Congresso Nacional.....	79
2.3.2.2 – as penas da Lei 9.455/97.....	88
2.3.2.3 – o princípio da jurisdição universal.....	106

CAPITULO III: A influência dos tratados internacionais contra a tortura: uma perspectiva sistêmica.....	112
3.1 – O sistema internacional de proteção dos direitos humanos e a legitimação do Direito Penal.....	112
3.2 – A função do Direito: uma perspectiva a partir da Teoria dos Sistemas.....	122
3.2.1 – A teoria sistêmica de LUHMANN: a distinção entre sistema e ambiente.....	124
3.2.2 – Complexidade, contingência e seletividade.....	135
3.2.3 – A função do Direito: garantia de expectativas normativas.....	138
3.3 – Os direitos fundamentais reconhecidos nos tratados internacionais como paradigmas de incriminação.....	142
3.4 – A função do Direito Penal: prevenção de ataques a bens jurídicos.....	146
CONCLUSÕES.....	159
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.....	175

INTRODUÇÃO

1. A dissertação versa sobre o crime de tortura, especificamente sobre a influência dos tratados internacionais contra a tortura e do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Direito Penal brasileiro.

2. A tortura está na ordem do dia. A Constituição promulgada em 1988 estabeleceu um novo paradigma político-jurídico ao Estado e à sociedade brasileira: a dignidade da pessoa humana. Estabeleceu a prioridade dos direitos fundamentais como princípio a reger a República brasileira nas suas relações internacionais, impôs a revisão do conceito de soberania e redefiniu a cidadania.

À medida que o País avançou na experiência democrática, o Estado brasileiro ratificou diversos tratados internacionais de direitos humanos, tais como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1992¹), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1992), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1990), a Convenção Americana de Direitos Humanos (1992), a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1995) e o Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional.

Além desses, o Brasil ratificou os dois tratados específicos contra a tortura: a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1989) e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1989).

Na mesma época, legislou-se sobre crimes hediondos (1990), em cuja disciplina se incluiu a tortura, promulgou-se o Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) e, sete anos depois, o Congresso Nacional aprovou a Lei 9.455, de 7 de abril de 1997, que definiu os crimes de tortura e deu outras providências correlatas.

Muito se fez, portanto, nos âmbitos jurídico e político pelo combate à tortura: a Constituição a proibiu sob quaisquer circunstâncias, ratificaram-se tratados internacionais, promulgaram-se leis. Infelizmente, a tortura ainda é assunto recorrente na vida político-jurídica do País.

Em abril de 2001, o relator especial da Comissão de Direitos Humanos da ONU sobre a Tortura, sir NIGEL S. RODLEY, realizou investigação *in loco* no território brasileiro e concluiu que a tortura ainda era uma prática sistemática nas Delegacias de Polícia e nos locais de detenção.

A corrupção e o corporativismo das forças policiais, as deficiências no sistema processual de recebimento das notícias de tortura e de apuração da sua prática, a cultura de brutalidade que impera no País, a ineficiência do sistema judicial e a falta de independência dos juízes foram alguns motivos apontados pelo relator especial da ONU para a impunidade dos responsáveis pela aplicação das torturas no Brasil².

¹ As datas entre parênteses se referem ao momento da ratificação dos tratados pelo Estado brasileiro.

² Organização das Nações Unidas. *Relatório sobre a tortura no Brasil*. Genebra, 2001, E/CN.4/2001/66.Add.2.

No âmbito da Organização dos Estados Americanos, o Brasil é freqüentemente denunciado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e já foi várias vezes condenado, por violações sistemáticas de Direitos Civis³.

Não obstante os significativos avanços que o Brasil experimentou nos últimos anos na proteção dos direitos fundamentais, há ainda um longo caminho a percorrer, especialmente no que diz respeito à erradicação da tortura. Tem razão NORBERTO BOBBIO ao dizer que o maior desafio do pensamento político-jurídico contemporâneo e da comunidade internacional não é o de fundamentar os direitos, mas o de protegê-los⁴.

3. O trabalho circunscreve-se à análise da influência dos tratados internacionais referentes à tortura no Direito Penal brasileiro.

Dessa perspectiva, analisam-se os efeitos concretos e específicos dos tratados contra a tortura sobre a legislação penal brasileira. A proibição dos suplícios em sede constitucional, a promulgação de leis penais incriminando a prática da tortura, determinando a perda do cargo público e dispendo sobre a execução das penas impostas por este crime são apenas alguns exemplos.

Analisam-se também, já sob uma perspectiva sistêmica, os efeitos que esses tratados específicos exercem sobre a função do Direito Penal

³ Os relatórios anuais da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com a relação das petições apresentadas e dos julgamentos de mérito, podem ser encontrados no sítio www.cidh.oas.org/comissao.htm.

brasileiro. As exigências de incriminação dos atos de tortura no Direito interno, de criação de mecanismos jurídicos de investigação imediata e imparcial das notícias de tortura e de punição severa de todos aqueles que concorreram para a sua prática parecem incompatíveis com as teses abolicionistas e despenalizadoras.

A compreensão correta dos dois tratados internacionais contra a tortura ratificados pelo Brasil, tanto no âmbito da Organização das Nações Unidas como no da Organização dos Estados Americanos, e da sua influência no Direito Penal brasileiro pode contribuir para a efetivação do direito fundamental de não ser torturado.

4. A escolha do tema suscita, de imediato, as seguintes questões: quais foram as influências mais significativas daqueles tratados no Direito Penal brasileiro? No que o nosso Direito Penal se modificou em razão da incorporação desses tratados? As modificações que o Direito Penal brasileiro produziu atendem às obrigações assumidas pelo Estado brasileiro perante a comunidade internacional em matéria de direitos fundamentais? O Direito positivo brasileiro atende aos parâmetros protetivos mínimos que o Brasil reconheceu quando ratificou os tratados contra a tortura? Alterou-se o parâmetro de legitimação do Direito Penal brasileiro? Qual é a função do Direito Penal: conservação de bens ou garantia da expectativa de que não serão destruídos por comportamentos ilícitos?

⁴ Norberto Bobbio. "Presente e futuro dos direitos do homem". *A era dos direitos*, 11ª ed., Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25.

Apenas para exemplificar: o conceito de tortura da Lei 9.455/97 parece ser mais restritivo do que aquele dos tratados, que de resto o Estado brasileiro se obrigou a incorporar. Por outro lado, a lei brasileira é mais ampla do que a internacional em relação ao sujeito ativo do crime de tortura. Logo, qual é a lei mais favorável à vítima?

Outros exemplos: diante da exigência de incriminação dos atos de tortura e de severa punição dos seus autores, as penas da Lei 9.455/97 são compatíveis com a classificação da tortura como crime contra a humanidade?

Sob a perspectiva sistêmica, colocam-se os problemas sobre a função que os tratados internacionais exigem do Direito Penal. Que função o Direito Penal presta à sociedade é a pergunta que se faz. Proteção de bens jurídicos? Educação, socialização ou ressocialização do indivíduo? Prevenção do crime? Retribuição do mal? Promoção de políticas públicas? Proteção de expectativas normativas?

5. Este trabalho procura enfrentar todas essas questões, apresentando respostas que visem a contribuir para a efetivação dos direitos fundamentais no Brasil.

O trabalho demonstra que os tratados internacionais contra a tortura influenciaram o Direito positivo brasileiro antes mesmo da sua ratificação e da sua incorporação em 1989. Prova disso é que a Constituição de 1988 já reproduzia a proibição de torturar contida naqueles instrumentos internacionais. Demonstra,

ainda, que essa influência não se limitou à legislação constitucional. Em razão dela, modificaram-se a legislação infraconstitucional e as decisões do Poder Judiciário.

A despeito disso, o Estado brasileiro não cumpriu totalmente as obrigações que assumiu perante a comunidade internacional. A título de exemplo: o Brasil adotou um conceito de tortura mais restritivo na Lei 9.455/97 do que aquele a que se obrigou nas convenções internacionais, e não previu todas as hipóteses de jurisdição universal.

Demonstra, ainda, que a Lei 9.455/97 não cumpriu a determinação de sancionar os atos de tortura com penas severas e diferenciadas, adequadas à gravidade do crime de tortura, considerado um crime contra a Humanidade. Mais do que isso, o trabalho aponta parâmetros objetivos que o Congresso Nacional brasileiro possuía – e desconsiderou – no momento de cominar as penas para os crimes de tortura.

Sobre as questões de ordem sistêmica, o trabalho demonstra como o processo de internacionalização dos direitos fundamentais alterou o parâmetro de legitimação do Direito Penal, passando a exigir-lhe a incriminação de condutas que violam direitos fundamentais e o cumprimento de uma função nitidamente preventiva de comportamentos lesivos por meio da garantia de expectativas normativas, como também passou a servir de critério de deslegitimação de tipos que visam apenas a proteger o Estado como um fim em si mesmo.

Os tratados de direitos humanos sobre a tortura enviam um claro recado às teses que apregoam a extinção do Direito Penal e, alternativamente, a extinção ou o abrandamento das penas privativas de liberdade, pois exigem dos Estados a incriminação do comportamento de torturar, a investigação imediata e imparcial e a punição severa e efetiva daqueles que ainda infligem tormentos.

A dissertação põe em relevo dois aspectos fundamentais dos tratados internacionais de direitos humanos, normalmente descuidados nos estudos da dogmática penal:

(a) ao exigir a incriminação, a investigação imparcial e a punição severa das violações dos direitos fundamentais, os tratados internacionais impõem ao Direito Penal interno o dever de garantir as expectativas normativas que toda pessoa possui de que não será submetida a violações, ao mesmo tempo em que evidencia a insuficiência do Direito interno – sempre mais sujeito a interferências políticas de interesses inconfessáveis – para, por si só, assegurar ao indivíduo proteção contra determinadas agressões;

(b) os tratados internacionais de direitos humanos fornecem ao Direito Penal interno o rol dos bens dignos da proteção jurídico-penal, sem prejuízo das Constituições nacionais. Em outras palavras, eles complementam a Constituição, oferecem parâmetros mínimos de proteção aos bens jurídicos que especificam e reforçam a garantia que o Direito Penal interno dispensa aos indivíduos.

O trabalho procura demonstrar que o sistema internacional de proteção de Direitos Humanos, especificamente os tratados sobre a tortura, impõem a revisitação do Direito Penal: longe de aboli-lo, ele deve ser visto como um instrumento indispensável para a proteção dos direitos fundamentais.

6. Para tanto, o trabalho se organiza nos seguintes capítulos:

O primeiro capítulo trata da formação do sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos, com ênfase especial nas convenções global e regional contra a tortura, nos seus antecedentes históricos, nas definições que elas contêm, nos seus princípios, nas obrigações que elas criam para os Estados e nos seus mecanismos e órgãos de monitoramento.

O trabalho analisa primeiro a Convenção da ONU contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e depois a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

São analisados, além dos temas específicos das convenções, os problemas da redefinição da soberania dos Estados, da personalidade do indivíduo no Direito Internacional dos Direitos Humanos, da natureza internacional do crime de tortura e do bem penalmente protegido pela proibição.

O Tribunal Penal Internacional e os seus antecedentes históricos também são objeto de análise, especificamente naquilo que se refere à

incriminação da tortura como crime contra a Humanidade, como delito internacional.

O segundo capítulo trata da influência específica desses tratados no Direito nacional. Nele se analisam a ratificação desses tratados pelo Estado brasileiro, o momento da sua incorporação ao Direito nacional e o nível hierárquico que eles ocupam.

Esse segundo capítulo se constitui também dos subcapítulos referentes à legislação infraconstitucional sobre a tortura, com especial ênfase para a Lei 9.455/97 e para a sua compatibilidade com os tratados internacionais. Coerente, todavia, com o seu propósito, o trabalho não se ocupa da exegese dos dispositivos dessa lei, a menos que ela seja importante para a identificação dos pontos de coincidência e daqueles de conflito com as obrigações assumidas pelo Estado brasileiro perante a comunidade internacional.

O terceiro capítulo da pesquisa dedica-se à análise da influência dos tratados contra a tortura no Direito Penal brasileiro sob a perspectiva sistêmica. Nele são encontrados os subcapítulos sobre a função do Direito Penal, o seu objeto de proteção e os parâmetros de legitimação exigidos pela comunidade internacional.

7. A metodologia empregada no trabalho é a da pesquisa bibliográfica. Mesmo nas partes em que se serve de dados estatísticos, eles são encontrados em trabalhos científicos e em relatórios já publicados.

8. Ao dedicar-se às influências das convenções contra a tortura sobre o Direito Penal brasileiro, o trabalho acaba por se ocupar, indiretamente, da análise das influências que o Direito Internacional dos Direitos Humanos exerce sobre o Direito criminal no Brasil. Esse Direito Internacional não é exatamente recente na história contemporânea do pensamento político-jurídico, porém é novo para um País que ainda procura construir a sua democracia.

Os trabalhos de Direito Penal no Brasil não têm por hábito considerar os tratados internacionais de direitos fundamentais. Mesmo no campo da tortura, que é crime internacional, a maioria das pesquisas tem início na Constituição e fim na legislação ordinária. Ignora-se, no entanto, que esses tratados internacionais são fonte do Direito Penal brasileiro.

O mesmo se pode dizer dos textos publicados a respeito da função do Direito Penal. As discussões sobre o abolicionismo do Direito Penal ou da Pena ignoram os parâmetros internacionais estipulados nos tratados de direitos fundamentais.

São essas lacunas que a pesquisa que ora se apresenta pretende preencher.

CAPÍTULO I

O sistema internacional de proteção dos direitos humanos

1.1 – A formação do sistema internacional de proteção dos direitos humanos: antecedentes históricos

O marco do surgimento de um sistema internacional de proteção dos direitos humanos, que transcendesse os direitos domésticos dos Estados, pode ser identificado no Direito Humanitário, da segunda metade do século XIX.

Esse processo de internacionalização dos direitos humanos marca o início daquela que NORBERTO BOBBIO considerou a atual fase evolutiva dos direitos fundamentais: com o jusnaturalismo, eles eram universais, porém meramente teóricos; no século XVIII, a partir das declarações de direitos dos Estados nacionais (norte-americana e francesa), eles se tornaram positivos, porém regionais, com sua validade e eficácia restritas ao território dos Estados que os reconheceram; no século XX, a partir da 2ª Guerra Mundial, os direitos fundamentais foram positivados pelo Direito Internacional, em âmbito universal⁵.

Essa universalização, como é evidente, não ocorreu de uma única vez. Trata-se de um processo evolutivo, que tem o seu marco inicial no Direito Humanitário, voltado à proteção dos direitos fundamentais dos militares postos fora de combate e da população civil.

As Convenções de Genebra de 1949, inspiradas na Convenção de 1864, já estabeleciam em diversos artigos a proibição de torturar, e impunham aos Estados-partes o dever de incriminar a tortura no Direito interno, bem como de investigá-la e de levar os seus responsáveis a julgamento.

Também integra este processo de universalização a criação da Liga das Nações e da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

O que importa ressaltar nesta fase embrionária do sistema internacional de proteção dos direitos humanos é a mudança de paradigma ocorrido com a positivação, em âmbito universal, de normas de conteúdo humanitário: a proteção dos direitos humanos deixou de ser vista como uma questão de exclusivo interesse doméstico dos Estados, que também foram obrigados a rever o conceito clássico de soberania absoluta, consolidado ao longo do processo de formação dos Estados nacionais.

Basta ver que a Convenção que criou a Liga das Nações previu sanções econômicas e militares, a ser impostas aos Estados-partes pela Comunidade Internacional como consequência jurídica do descumprimento de obrigações internacionalmente assumidas.

⁵ Norberto Bobbio. "Presente e futuro dos direitos do homem". In: *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. 11ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, passim.

O novo conceito de soberania estatal passou a prever, com base em tratados multilaterais, a intervenção internacional no âmbito doméstico, a fim de proteger direitos fundamentais.

Modificou-se, ainda, a própria noção de Direito Internacional Público, que deixou de ser o Direito das Relações entre os Estados. Ao reconhecer às pessoas a existência de direitos universais e ao criar mecanismos para a sua implementação e defesa, o Direito Internacional Público ampliou o seu objeto para a proteção da pessoa humana, transcendendo os interesses exclusivos dos Estados⁶.

Embora não se esgote nela, o processo de universalização dos direitos humanos encontrou na Declaração Universal dos Direitos Humanos o seu ponto mais alto e significativo.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada em 10 de dezembro de 1948 por meio de resolução da Organização das Nações Unidas. Não houve voto contrário a qualquer dos seus princípios ou disposições e nenhum Estado fez reservas.

Este inegável consenso entre os Estados sobre valores reconhecidos pela Declaração como direitos fundamentais de todo e qualquer ser humano confere o caráter universal ao documento e ao seu conteúdo. É esta característica que explica o fato de que se identifique na Declaração Universal, ao

longo de todos esses anos, um código comum de “uma ética universal”⁷, que estabeleça os requisitos mínimos indispensáveis para que o ser humano viva com dignidade.

NORBERTO BOBBIO identificou dois significados neste consenso em torno da Declaração Universal: em primeiro lugar, ele se apresenta como o fundamento dos direitos fundamentais, o que lhes confere um caráter eminentemente histórico; em segundo lugar, ele representa o marco da universalidade e positividade dos direitos humanos⁸.

CANÇADO TRINDADE compartilha do entendimento do jusfilósofo italiano, ao ver na Declaração Universal a “fonte de inspiração e ponto de irradiação e convergência dos instrumentos de direitos humanos”⁹.

A Declaração Universal não é um tratado, porém tem sido entendida por uma parte da comunidade internacional como a interpretação autorizada dos artigos 1º, § 3º, 55 e 56 da Carta das Nações Unidas. Para uma outra parte, a Declaração possui a força jurídico-normativa do direito costumeiro internacional e dos princípios gerais do Direito. A prova disso é a incorporação das suas disposições nas Constituições nacionais, as referências freqüentes feitas pelas resoluções da ONU ao dever dos Estados de observar a Declaração e as

⁶ Flávia Piovesan. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996, pp. 134-6.

⁷ Idem, *Ibidem*, p. 155.

⁸ Norberto Bobbio. “Presente e futuro dos direitos do homem”. In: *A era dos direitos*, cit., pp. 27 e 30.

⁹ Antônio Augusto Cançado Trindade. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 1.

inúmeras decisões das mais diversas cortes nacionais, que a invocam como fonte de direito.

Partindo-se dessa premissa, a proibição da escravidão, da tortura, do genocídio etc. assumem o valor de direito costumeiro internacional, “aplicando-se a todos os Estados e não apenas aos Estados signatários da Declaração”¹⁰.

Ao lado dos Pactos Internacionais firmados em 1966 sobre os direitos civis e políticos e sobre os direitos econômicos, sociais e culturais e das suas complementações, este conjunto normativo de proteção internacional dos direitos fundamentais compõe a Carta Internacional dos Direitos Humanos. Para FLÁVIA PIOVESAN, a Carta Internacional dos Direitos Humanos “inaugura o sistema global de proteção desses direitos”¹¹.

Ao lado do sistema global de proteção internacional dos direitos humanos, a segunda metade do século XX viu surgir os sistemas regionais de proteção internacional desses mesmos direitos. Trata-se dos sistemas europeu, americano e africano, cada qual com os seus tratados gerais e específicos de proteção dos direitos fundamentais em âmbito internacional.

No que diz respeito à proibição da tortura, a Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece, no artigo 5º, que “Ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.”

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966, proíbe a tortura no seu artigo 7º, ao repetir a Declaração Universal e prescrever que “Ninguém será submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”.

A mesma proibição, igualmente inspirada na Declaração Universal, já podia ser encontrada na Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, firmada em Roma, no âmbito do Conselho da Europa, em 4 de novembro de 1950. Segundo o artigo 3º, “ninguém pode ser submetido a tortura nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes”.

No âmbito regional da América, o tema é objeto da proteção normativa desde 1969, com a adoção da Convenção Americana de Direitos Humanos. Assinada em 22 de novembro de 1969, em San José da Costa Rica, a Convenção Americana proíbe a tortura no artigo 5º, § 2º, com as mesmas palavras da Declaração Universal e do Pacto dos Direitos Civis e Políticos. O Brasil a ratificou em 25 de setembro de 1992.

Todos esses instrumentos normativos constituem os precedentes jurídicos dos instrumentos específicos que merecem o maior destaque no tratamento da tortura: a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes da ONU e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura da OEA.

¹⁰ Flávia Piovesan. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, cit., p. 165.

1.2 – A Convenção da ONU contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes

A Convenção da ONU sobre a tortura foi adotada pela Resolução 39/46 da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1984. Foi assinada por 74 países e atualmente conta com 136 Estados-partes. Ela foi ratificada pelo Brasil quase cinco anos depois da sua adoção, precisamente em 28 de setembro de 1989, e entrou em vigor um mês depois, no dia 28 de outubro de 1989 (art. 27, § 2º)¹².

Tem como antecedente histórico específico a Declaração sobre a proteção de todas as pessoas contra a tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, adotada pela Resolução 3.452 da Assembléia Geral da ONU em 9 de dezembro de 1975.

A definição de tortura é dada logo no artigo 1º. Abrangente naquilo que diz respeito às condutas que configuram a tortura e às finalidades do ato, a Convenção foi restritiva em relação à qualidade do agente.

Tortura, para os fins da Convenção, é toda e qualquer inflição deliberada de dor ou de sofrimentos agudos, físicos ou mentais, a uma pessoa,

¹¹ Idem, *Ibidem*, p. 177.

com o fim de (a) obter confissão ou informações da pessoa torturada ou de terceiros; (b) impor castigo por algo que a pessoa torturada ou que terceira pessoa tenham feito ou que sejam suspeitas de fazê-lo; (c) intimidar ou coagir a vítima ou terceiros; (d) praticar discriminação de qualquer natureza.

Quanto à natureza do agente, a Convenção restringe o conceito de tortura aos suplícios impostos por funcionários do Estado ou por qualquer outra pessoa que exerça funções públicas, ou então por qualquer pessoa que aja por instigação, com o consentimento ou com a aquiescência de um funcionário público.

Outra disposição normativa de importância fundamental para a compreensão do sistema internacional de proteção contra a tortura é o do artigo 2º, § 2º, que estabelece o princípio da inderrogabilidade da proibição de torturar: “Em nenhum caso poderão invocar-se circunstâncias excepcionais, como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública, como justificção para a tortura.” Nesse particular, a Convenção segue a orientação da Declaração contra a Tortura, de 1975, que estabelecia a mesma vedação absoluta no artigo 3º.

Complementam esse princípio os artigos 3º, § 1º, e 15, ambos da Convenção: o primeiro proíbe o Estado-parte de expulsar, devolver ou extraditar uma pessoa para um Estado em que ela corra o perigo de ser submetida a

¹² Não obstante a Convenção já estivesse em vigor para o Brasil desde 28 de outubro de 1989, a Presidência da República determinou a sua execução no âmbito interno apenas em 15 de fevereiro de 1991, com o Decreto nº 40.

tortura; o segundo proíbe terminantemente que uma declaração obtida mediante tortura tenha validade como prova, a menos que seja utilizada como prova da responsabilidade do torturador.

É fundamental observar que a Convenção, e de resto a própria Declaração de 1975, realizaram *a priori* um juízo de proporcionalidade, para estabelecer que não há circunstância que possa justificar o emprego da tortura, por mais excepcional que seja a situação que, aparentemente, poderia legitimá-la.

O problema é recorrente, sobretudo em momentos de explosão da criminalidade violenta ou de forte instabilidade política ou social. Não é raro que se defenda o emprego da tortura em circunstâncias excepcionais, especialmente em casos de seqüestro e de terrorismo, com o argumento de que a violação da integridade física do torturado, causada pela infligção dos suplícios, justificar-se-ia pela necessidade de salvar a vida de outras vítimas.

Esse juízo de proporcionalidade, todavia, foi já previamente realizado pela Convenção, que estabeleceu expressamente a inderrogabilidade da proibição de torturar.

A verdade é que o problema da justificação da tortura dissimula, na maioria das vezes, um problema mais profundo e perverso: o da tolerância do Estado à ineficiência e à corrupção policiais. As situações excepcionais freqüentemente invocadas para legitimar a tortura poderiam ser evitadas ou enfrentadas sem a necessidade de se recorrer aos suplícios se os órgãos policiais

estivessem preparados para realizar investigações inteligentes e eficazes. Como não estão em condições de fazê-lo, seja porque o Estado não lhes provê os meios indispensáveis, seja porque foram devastados pela corrupção institucionalizada, acabam recorrendo à tortura¹³. No fim das contas, o discurso da necessidade dissimula o emprego da tortura como opção.

Não é por outro motivo que NORBERTO BOBBIO afirma que o direito a não ser torturado e o direito a não ser escravizado são os únicos direitos absolutos, que valem em qualquer situação e para todas as pessoas, e que não admitem derrogações, precisamente porque, apesar das aparências contrárias, não há situações que as justifiquem¹⁴.

A tortura constitui um crime internacional para a comunidade das Nações. As razões desse entendimento podem ser encontradas no artigo 2º da Declaração sobre a Tortura, para a qual os tormentos constituem um ultraje à dignidade da pessoa e são a negação dos objetivos humanitários da Carta das Nações Unidas, e também na própria Convenção, que os considera um risco aos fundamentos de liberdade, de justiça e de paz mundial. A tortura atinge a identidade da vítima como ser humano e envilece o torturador. Atua como fator de grave desagregação social.

Por ser crime internacional, a Convenção estabelece a obrigação de todo e qualquer Estado de realizar investigações imediatas e imparciais de

¹³ Confira-se, nesse sentido: Organização das Nações Unidas. *Relatório sobre a tortura no Brasil*. Genebra, 2001, E/CN.4/2001/66.Add.2, passim.

¹⁴ Norberto Bobbio, *A era dos direitos*, cit., p. 20.

notícias de tortura ocorrida em seu território e de punir os seus responsáveis com penas adequadas à gravidade do crime (art. 12 e 4º, respectivamente). Como pressuposto desta obrigação, a Convenção cria para os Estados o dever de incriminar, no seu Direito interno, a prática da tortura e da sua tentativa, incluindo os atos de participação dolosa (art. 4º, § 1º).

Quanto aos mecanismos de monitoramento, a Convenção criou o Comitê contra a Tortura e o incumbiu de receber e de analisar os relatórios, as petições individuais, as comunicações interestatais e de realizar investigações, inclusive *in loco*, sobre notícias de tortura sistemática ocorrida no território de algum Estado-parte (arts. 17 e ss.).

A Convenção adotou, portanto, os quatro mecanismos clássicos de monitoramento: os relatórios, as investigações, as petições individuais e as comunicações interestatais.

Os relatórios têm como objeto as medidas adotadas pelo Estado-parte no cumprimento das obrigações assumidas em razão da ratificação da Convenção (art. 19, § 1º).

As investigações estão previstas no artigo 20, porém estão sujeitas a reserva (art. 28, § 1º). O Comitê pode determinar a realização de investigações sempre que houver fundadas suspeitas de ocorrência sistemática de tortura no território sujeito à jurisdição de um Estado-parte. Essa investigação poderá incluir uma visita ao território do Estado-parte, porém está condicionada à sua

concordância (art. 20, §§ 1º, 2º e 3º). O Brasil não estabeleceu reserva a este dispositivo, de modo que aceitou as investigações *in loco*.

As petições individuais, poderoso mecanismo de monitoramento do cumprimento de obrigações assumidas pelos Estados-partes, estão previstas no artigo 22, que também cuida dos seus requisitos¹⁵. O artigo em apreço, no entanto, é cláusula facultativa e o Brasil não fez declaração reconhecendo a competência do Comitê para analisar petições individuais em seu desfavor. Logo, este mecanismo não vigora no País.

As comunicações interestatais, instrumentos pelos quais um Estado-parte denuncia a ocorrência de violações sistemáticas em território de outro Estado-parte, também estão previstas em cláusula facultativa, e o Brasil não fez declaração reconhecendo a competência do Comitê para analisá-las.

Além desses mecanismos previstos na própria Convenção, o Protocolo Facultativo à Convenção, adotado em Nova York em 18 de dezembro de 2002, na 57ª Sessão da Assembléia Geral da ONU (Resolução 57/199, de 9.1.2003), estabelece um sistema de visitas regulares a estabelecimentos de detenção, efetuadas por organismos internacionais e nacionais independentes, sem a necessidade de comunicação prévia ou de obtenção de autorização do Estado-parte. Essa autorização é dada no momento da ratificação do Protocolo (art. 4º). O objetivo declarado do Protocolo é o de prevenir a ocorrência de tortura,

¹⁵ Os requisitos de admissibilidade das petições individuais estão previstos no artigo 22, § 5º: que não seja anônima a denúncia, que não tenha sido ou que não esteja sendo submetida a outra instância internacional

já que os Estados-partes estarão permanentemente sujeitos a inspeções sem prévio aviso¹⁶.

1.3 – A Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura

O sistema normativo americano de proteção dos direitos fundamentais, criado no âmbito da Organização dos Estados Americanos – OEA, segue o mesmo modelo do sistema europeu. A Convenção Americana de Direitos Humanos, adotada em San Jose da Costa Rica em 22 de novembro de 1969, fixa parâmetros mínimos de proteção de direitos, cria a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e institui a Corte Interamericana de Direitos Humanos. O Brasil a ratificou no dia 25 de setembro de 1992.

A Convenção Americana, logo no artigo 1º, cria para os Estados um duplo dever: (a) o de respeitar os direitos nela reconhecidos; e (b) o de garantir a todas as pessoas o seu livre e pleno exercício. Cabe-lhes, em complementação, o dever de adotar todas as medidas legislativas, administrativas e judiciais que forem necessárias para tornar efetivos os direitos fundamentais (art. 2º).

Em outras palavras, a Convenção cria para os Estados obrigações negativas e positivas¹⁷. De um lado, os Estados têm o dever de não violar os

de investigação e que tenham sido esgotados os recursos jurídicos internos, salvo se houver demora injustificável do sistema jurídico do Estado-parte.

¹⁶ Até o dia 26 de janeiro de 2006, 49 Estados haviam assinado o protocolo facultativo, porém apenas 16 o haviam ratificado. O Brasil o assinou em 13 de outubro de 2003, mas ainda não o ratificou. O artigo 28, § 1º, do Protocolo estabelece que ele entrará em vigor 30 dias após o depósito do 20º instrumento de ratificação. Logo, o protocolo ainda não vigora.

direitos fundamentais, como por exemplo, impedir que seus agentes torturem; de outro lado, têm a obrigação de agir para assegurar que todas as pessoas exercitem livre e efetivamente os seus direitos, como por exemplo promover o treinamento e a educação dos seus agentes públicos para que aprendam a respeitar direitos e, uma vez ocorrida a violação, empreender todos os esforços possíveis para que os responsáveis sejam investigados, acusados, condenados e efetivamente punidos pelos delitos.

O direito a não ser submetido a tortura é assegurado a todos os indivíduos pelo artigo 5º, § 2º, da Convenção Americana de Direitos Humanos, referente à proteção da integridade pessoal.

Assim como o sistema global de proteção, o sistema regional americano também conta com um sistema normativo específico, que, no caso da tortura, é identificado na Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

Esta Convenção foi adotada pela Assembléia Geral da OEA em 9 de dezembro de 1985, foi ratificada pelo Brasil em 20 de julho de 1989 e entrou em vigor para o país trinta dias depois (art. 22)¹⁸. São sistemas que se complementam, justificando-se a adoção do sistema específico pela necessidade de conferir proteção especial a certos direitos freqüentemente violados.

¹⁷ Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional internacional*, cit., p. 225.

¹⁸ A Presidência da República a promulgou apenas em 9 de novembro de 1989, por meio do Decreto nº 98.386.

A Convenção Interamericana também oferece uma definição daquilo que vem a ser tortura. O artigo 2º estabelece que, para os fins da Convenção, tortura é toda (a) infligção dolosa de sofrimento físico ou mental a uma pessoa; (b) aplicação a uma pessoa de métodos tendentes a anular-lhe a personalidade ou a diminuir a sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica.

Os maus-tratos são considerados suplícios quando impostos para o fim de (a) investigação criminal, intimidação, castigo pessoal, medida preventiva, pena ou qualquer outro fim; (b) anulação da personalidade ou diminuição da capacidade física ou mental da vítima.

Quanto à natureza do agente, o artigo 3º estabelece que pode ser (a) o funcionário público que executa a tortura, que a ordena, que a instiga ou que a induza, ou então que se omite quando pode impedir o resultado; (b) terceiro que age em concurso com o funcionário público.

A Convenção também adota o princípio da inderrogabilidade da proibição de torturar. Tal como a da ONU, a Convenção Interamericana antecipa o juízo de proporcionalidade para estabelecer que não há razão, por mais significativa que possa parecer a uma primeira vista, que justifique o emprego dos tormentos (art. 5º).

Além disso, a Convenção obriga os Estados-partes a incriminar, no seu Direito Penal interno, os atos de tortura, bem como a cominar-lhes penas

severas (art. 6º, §§ 2º e 3º)¹⁹. E adota o princípio da jurisdição universal e compulsória, nos mesmos moldes da Convenção sobre a Tortura (art. 12).

Os Estados também se comprometeram, no artigo 8º, a proceder imediatamente a investigações imparciais sobre notícias de tortura ocorrida no território de sua jurisdição. Tais investigações devem ser instauradas de ofício, não de ser imediatas e conduzidas de maneira imparcial, e o Estado se deve empenhar ao máximo para iniciar o processo penal contra os responsáveis. O descumprimento a qualquer dessas obrigações – se a investigação não for imediata, se não for imparcial ou se houver dúvidas razoáveis sobre a real vontade do Estado de instaurar o processo penal – justifica a submissão do caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, conforme for, à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

É relevante salientar que a Convenção Interamericana não cria nenhum órgão ou mecanismo convencional de monitoramento. Ela se reporta à Convenção Americana de Direitos Humanos, precisamente à sua Parte II, de modo que valem, para o sistema específico, os mecanismos e os órgãos do sistema geral americano. Em outras palavras, os mecanismos de proteção são constituídos pelos relatórios, petições e comunicações interestatais, que são analisados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

1.3.1 – O dever de punir

¹⁹ Sobre o Direito Penal brasileiro e os seus pontos de divergência e convergência em relação à Convenção, 26

Os deveres de proceder a investigações sérias, imediatas e imparciais e de processar e punir os responsáveis pelas violações de direitos humanos com sanções severas e adequadas à gravidade do delito, as quais sejam verdadeiramente efetivas para coibir a impunidade e prevenir a repetição do crime, são bastante caros aos organismos internacionais de monitoramento.

No sistema regional americano, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos têm sido implacáveis com os Estados que deixam de exercer a sua jurisdição criminal ou que a exercem de maneira parcial, simplesmente formal e burocrática, já de antemão destinada a proteger o criminoso e a lhe assegurar a impunidade.

São diversos os precedentes, tanto na Comissão como na Corte, em que os Estados, inclusive o brasileiro, foram responsabilizados pelas violações de direitos humanos porque não aprimoraram o seu sistema de recebimento de queixas, não garantiram às vítimas o acesso a medidas judiciais simples e eficientes para fazer valer os direitos reconhecidos nos tratados, não procederam a investigações sérias, imediatas e imparciais sobre os agravos aos direitos fundamentais nem exerceram com imparcialidade e efetividade a sua jurisdição.

O dever de investigar, processar e punir os atos de tortura é expresso nos artigos 12 e 13 da Convenção da ONU contra a Tortura e nos

artigos 6º, § 1º, e 8º da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

Já a Convenção Americana de Direitos Humanos não é expressa a esse respeito. No entanto, tanto a Comissão como a Corte Interamericana extraem esse dever da obrigação genérica de respeitar os direitos (art. 1, § 1º), a qual abre o capítulo da Convenção referente aos deveres assumidos pelos Estados, e dos direitos às garantias judiciais (art. 8º) e à proteção judicial (art. 25).

Ao artigo 1º, § 1º, da Convenção, segundo o qual os “Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição (...)”, a Comissão e a Corte Interamericanas dão uma interpretação que lhe empresta o máximo de eficácia: ao invés de considerá-lo uma mera enunciação de objetivos a cumprir, interpretam-no como fonte normativa de um dever que, se descumprido, acarreta sanções para os Estados no âmbito internacional.

A Comissão e a Corte levam a sério a Convenção quando ela diz que os Estados têm o dever de garantir a toda pessoa o livre e pleno exercício dos direitos nela reconhecidos. Esse dever vai muito além da mera obrigação de adotar disposições de Direito interno para fazer valer aqueles direitos. Esta última possui previsão específica no artigo 2º.

O artigo 1º, § 1º, significa que os Estados têm o dever de efetivamente prevenir a ocorrência das violações. Quando isso não for possível e o dano ocorrer, esse dever de garantia implica a obrigação de repará-lo especificamente por meio de investigações e processos sérios, efetivos e imparciais e de punições severas e adequadas à gravidade do crime.

No mesmo sentido, a Comissão e a Corte consideram que as vítimas das violações têm o direito a um devido processo legal, que lhes assegure a investigação do ilícito e o processo e a punição dos seus responsáveis, como forma específica de reparação das violações, sem prejuízo da compensação econômica. Esta é a interpretação dada ao artigo 8º da Convenção.

Logo, o dever de investigar é expressão do devido processo legal, a que tem direito todas as pessoas que são vítimas de violações de direitos fundamentais. Trata-se de uma interpretação bem mais ampla que aquela praticada na doutrina e nos Tribunais brasileiros, que reconhecem o direito ao devido processo legal apenas aos acusados. Ao atribuí-lo também às vítimas, a Corte e a Comissão adotam uma postura mais adequada à efetiva proteção dos direitos fundamentais.

O sistema de proteção se completa no artigo 25 da Convenção, que trata do direito à proteção judicial, segundo o qual “Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente

Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.”

Assim, sempre que os recursos internos – que aqui não de ser entendidos em sentido amplo, *i.e.*, como quaisquer medidas judiciais – forem ineficazes para prevenir a violação a direito fundamental ou para repará-la, o Estado estará a descumprir o dever assumido no artigo 25 da Convenção.

No âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, vale citar o relatório nº 55/01, que reuniu os casos 11.286, 11.406, 11.407, 11.416, 11.413, 11.417, 11.412 e 11.415, todos referentes a violações de direitos fundamentais cometidas pelo Estado brasileiro, especificamente por agentes da Polícia Militar do Estado de São Paulo.

Analisando o dever de investigar, a Comissão entendeu que:

(...) parte da reparação a que faz jus a vítima neste tipo de casos é o processamento e penalização dos responsáveis pelo ato criminoso contra ela cometido.²⁰

E considerou que o Estado brasileiro violou esse direito ao não assegurar aos ofendidos os recursos internos eficazes para processar e punir os responsáveis pelos delitos²¹.

²⁰ Comissão Interamericana de Direitos Humanos, relatório 55/01, § 70.

²¹ *Idem*, *ibidem*, § 71.

Mais à frente, ao tecer as suas considerações finais sobre a investigação, o processo e a sanção nos casos analisados, a Comissão decidiu da seguinte maneira:

A Comissão chegou à conclusão de que as vítimas e/ou seus parentes têm direito a uma investigação judicial, a cargo de uma corte de justiça criminal, destinada a estabelecer e punir responsabilidades em casos de violações de direitos fundamentais.²²

Em outro caso paradigmático, julgado em 2 de outubro de 1992, envolvendo o Estado argentino, a Comissão Interamericana considerou que a Lei 23.492, de 24 de dezembro de 1986, e a Lei 23.521, de 8 de junho de 1987, que ficaram conhecidas, respectivamente, como Lei do Ponto Final e Lei da Obediência Devida, violavam os direitos das vítimas às garantias judiciais e à proteção judicial, porquanto extinguíram ações penais em curso e impediram a apuração e a punição das violações cometidas durante o regime militar daquele país²³. E afirmou que o dever de investigar, processar e punir os responsáveis pela violação de direitos fundamentais deriva da obrigação positiva dos Estados de garantir o exercício livre e pleno dos direitos humanos (art. 1º, § 1º)²⁴.

A Comissão Interamericana adotou a mesma orientação em relação ao Estado peruano. Em abril de 1992, foi denunciada no Peru a existência a existência de um esquadrão da morte organizado e mantido pelo Serviço de Inteligência Nacional – SIN, denominado “Grupo Colina”. O Grupo Colina seria o responsável pela execução extrajudicial de um professor e de nove alunos da

²² Idem, ibidem, § 154.

²³ Comissão Interamericana de Direitos Humanos, OEA/Ser. L/V/II.83, doc. 14, de 12.3.1993, Informe nº 28/92, § 32.

Universidade de La Cantuta, ocorrida em 17 de julho de 1992, e pelo massacre de *Barrios Altos*, datado de novembro de 1991. As investigações que se seguiram levaram à acusação e à prisão de altos funcionários militares peruanos.

Em 16 de junho de 1995, o Congresso peruano promulgou a Lei nº 26.479, que "concede anistia aos militares, policiais e civis que se encontrem denunciados, investigados e indiciados por ocasião ou como consequência da luta contra o terrorismo desde maio de 1980."

No entanto, a juíza responsável pelo caso *Barrios Altos* rejeitou a aplicação da Lei nº 26.479 ao caso concreto, declarando-a inconstitucional, e manteve a tramitação do processo penal.

Por esse motivo, dias depois, precisamente em 28 de junho de 1995, o Congresso peruano promulgou a Lei nº 26.492, que proibia os juízes de interpretar o alcance da Lei de Anistia nº 26.479.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos concluiu que as Leis nº 26.479 e 26.492 eram contrárias ao dever de investigar, processar e punir as violações de direitos humanos, e recomendou ao Estado peruano que as revogasse e que procedesse às investigações, ao julgamento e à punição efetiva dos responsáveis pelas violações, notadamente daquelas que configuravam crimes internacionais²⁵.

²⁴ Idem, *ibidem*, § 40.

²⁵ Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatório anual 1996. Aprovado no 95º Período Ordinário de Sessões, realizado de 24 de fevereiro a 14 de março de 1997, Cap. V – Peru, itens I e IV.

Tais decisões, em verdade, baseiam-se no precedente estabelecido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso VELÁSQUEZ-RODRIGUES, envolvendo o Estado hondurenho e julgado em definitivo em 29 de julho de 1988. Segundo a Corte:

La segunda obligación de los Estados Partes es la de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.²⁶

É interessante notar que a Corte não se preocupa apenas com as violações causadas por agentes públicos. O dever de investigar, processar e punir com seriedade as violações se estende aos casos em que os delitos foram cometidos por particulares.

El Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención.²⁷

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez-Rodríguez, sentencia de 29.7.1988, § 166.

A Corte considera que se o Estado não demonstra verdadeiro empenho para reparar a violação, ele é conivente com o criminoso.

Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado.²⁸

Mais recentemente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos confirmou esse entendimento no caso ALMONACID ARELLANO contra o Estado do Chile. A Corte reconheceu a incompatibilidade do Decreto-lei n° 2.191, de 18 de abril de 1978, que concedeu anistia pelos crimes cometidos durante o Estado de Sítio que se seguiu ao golpe de 11 de setembro de 1973 até o dia 10 de março de 1978, com o artigo 1º, § 1º, o artigo 2º e os artigos 8º e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

LUÍS ALFREDO ALMONACID ARELLANO, professor de ensino fundamental e militante do Partido Comunista Chileno, foi vítima de execução extrajudicial no dia 16 de setembro de 1973, logo depois de ter sido preso em sua casa por carabineiros. Faleceu no hospital no dia seguinte, 17 de setembro de 1973.

Em 3 de outubro de 1973, deu-se início a uma investigação sobre a sua morte, que foi interrompida em 4 de setembro de 1974. Em 4 de novembro de 1992, o caso foi reaberto a pedido da viúva, até que, em 14 de janeiro de 1997, o

²⁷ Idem, ibidem, § 176.

²⁸ Idem, ibidem, § 177.

Judiciário chileno aplicou o Decreto-lei nº 2.191/78 e declarou extinta a punibilidade dos acusados. O caso foi definitivamente arquivado em 11 de novembro de 1998, sem que os responsáveis tenham sido condenados e punidos.

Por sentença de 26 de setembro de 2006, a Corte Interamericana julgou procedente o caso apresentado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e condenou o Estado do Chile a adotar todas as providências de natureza legislativa e judicial para que o Decreto-lei nº 2.191, de 18 de abril de 1978 deixe de representar um empecilho à investigação, ao processo, à condenação e à efetiva punição dos crimes contra a Humanidade. Declarou, ainda, que a anistia aos crimes contra a Humanidade é incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos, precisamente por organizar o aparato estatal de modo a assegurar a impunidade aos seus agentes.

Pela clareza dos argumentos, vale a transcrição dos seguintes trechos da sentença da Corte Interamericana²⁹:

110. La obligación conforme al derecho internacional de enjuiciar y, si se les declara culpables, castigar a los perpetradores de determinados crímenes internacionales, entre los que se cuentan los crímenes de lesa humanidad, se desprende de la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano, sentencia de 26.9.2006.

humanos. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción¹³⁶.

(...).

119. Leyes de amnistía con las características descritas (*supra* párr. 116) conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana e indudablemente afectan derechos consagrados en ella. Ello constituye *per se* una violación de la Convención y genera responsabilidad internacional del Estado¹⁴⁶. En consecuencia, dada su naturaleza, el Decreto Ley No. 2.191 carece de efectos jurídicos y no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en Chile¹⁴⁷.

(...).

126. En el presente caso, el Poder Judicial aplicó el Decreto Ley No. 2.191 (*supra* párr. 82.20 y 82.21), lo que tuvo como efecto inmediato el cese de las investigaciones y el archivo del expediente, dejando en la impunidad a los responsables de la muerte del señor Almonacid Arellano. De acuerdo a lo anterior, se impidió a los familiares que ejercieran el derecho a ser oídos por un tribunal competente, independiente e imparcial, a través de un recurso efectivo y adecuado que repare las violaciones cometidas en perjuicio de su ser querido y les permitiera conocer la verdad.

(...).

128. Por lo tanto, la Corte considera que la aplicación del Decreto Ley No. 2.191 desconoció los deberes impuestos por el artículo 1.1 de la Convención Americana en violación de los derechos de la señora Elvira del Rosario Gómez Olivares y de los señores Alfredo, Alexis y José Luis Almonacid Gómez consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención, de todo lo cual Chile es internacionalmente responsable.

1.4 – O Tribunal Penal Internacional: a tortura como crime contra a Humanidade

O Tribunal Penal Internacional foi criado pelo Estatuto de Roma. Atendendo a uma antiga aspiração da comunidade internacional à criação de uma corte internacional de Justiça Criminal e de um Ministério Público internacional, que fossem permanentes, independentes e competentes para investigar, julgar e punir as grandes atrocidades contra a humanidade³⁰, o Tribunal Penal Internacional foi o fruto da Conferência de Roma, que, ao cabo de cinco semanas de trabalhos (15.6 a 17.7.1998), aprovou o Estatuto de Roma por 120 votos contra apenas 7, e com 21 abstenções.

O Estatuto entrou em vigor, no âmbito internacional, em 1º de julho de 2002, data em que obteve o número necessário de ratificações. Para o Brasil, ele passou a vigorar no dia 1º de setembro de 2002 (Estatuto, art. 126). Ainda no Brasil, o Estatuto de Roma foi aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 112, de 6 de junho de 2002, e promulgado pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. O artigo 5º, § 4º, da Constituição Federal, acrescido pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, dispõe que *“O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”*.

O consenso das delegações a respeito da maioria dos temas do Estatuto de Roma, em especial a respeito da organização do tribunal, dos princípios gerais, da cooperação dos Estados signatários, das penas etc.,

³⁰ Sobre os anseios da comunidade internacional pelo estabelecimento de um aparato imparcial e institucional de investigação, acusação, julgamento e punição dos delitos internacionais, com a criação de uma corte internacional de Justiça Criminal e de um Ministério Público internacional, cuja independência em relação aos Estados afastasse os riscos de seletividade e de *double standards* identificáveis no sistema tradicional de persecução criminal internacional, consolidado pelo Tribunal de Nuremberg, vale conferir André

principalmente se for levada em consideração a significativa diversidade dogmática entre os sistemas jurídicos dos mais de 150 países envolvidos nas discussões, aliado à esmagadora votação ocorrida à meia-noite do dia 17 de julho de 1998, realça, de maneira inequívoca, a importância de dois princípios que são fundamentais para este trabalho: o de que garantia de expectativas normativas – *i.e.*, combate à impunidade – e prevenção do crime andam de mãos dadas; e o de que os Estados têm o dever de exercitar a sua jurisdição criminal, com rigor e efetividade, como condição necessária à proteção dos direitos fundamentais penalmente tutelados pelo Direito nacional e internacional³¹.

Com efeito, o preâmbulo do Estatuto de Roma, ao reunir as razões políticas que justificaram a criação do Tribunal Penal Internacional, reafirma a determinação da comunidade internacional e o dever dos Estados de “pôr fim à impunidade dos autores desses crimes e contribuir assim para a prevenção de novos crimes”, “recordando que é dever de todo Estado exercer sua jurisdição penal contra os responsáveis por crimes internacionais”.

A violação deste dever pelos Estados signatários, seja porque o País não exerceu a jurisdição penal, seja porque a exerceu com o objetivo de proteger o acusado, ou quando não tenha demonstrado real disposição de exercê-la de maneira independente e imparcial, sujeita o indivíduo à jurisdição complementar do

de Carvalho Ramos, “O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição brasileira”. Fauzi Hassan Choukr e Kai Ambos (organiz.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: RT, 2000, pp. 247-53.

³¹ Não existem trabalhos preparatórios da Conferência de Roma. Os importantes testemunhos a respeito das discussões, notadamente as informais, a respeito dos temas do Estatuto podem ser encontrados em Fauzi Hassan Choukr e Kai Ambos (org.), *Tribunal Penal Internacional*, cit.. Todos os autores estrangeiros que colaboraram para a obra participaram oficialmente da Conferência.

Tribunal Penal Internacional nos crimes de sua competência (Estatuto de Roma, art. 20, § 3º).

Note-se que tanto o Estatuto de Roma como as Convenções internacionais contra a Tortura impõem aos Estados o dever indeclinável de exercer a sua jurisdição criminal para estabelecer responsabilidades, processar e punir os violadores de direitos humanos, notadamente os responsáveis por atos de tortura.

Um dos grandes avanços que o Tribunal Penal Internacional representa, no entanto, reside precisamente no fato de que a sua jurisdição complementar será exercida sobre o próprio indivíduo que praticou o crime e que, de uma forma ou de outra, teve a sua impunidade assegurada pelas cortes criminais do seu Estado nacional. Já no âmbito da Comissão e da Corte Interamericanas, por exemplo, o indivíduo que praticou a tortura e que se viu protegido pela jurisdição nacional permanecerá impune, uma vez que os órgãos de monitoramento da Convenção Americana de Direitos Humanos podem estabelecer a responsabilidade tão-somente do Estado pela violação.

A criação da Corte Internacional Criminal, portanto, deverá complementar o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, notadamente no que diz respeito ao direito de não ser torturado. Ocorrida a violação e constatado que o Estado-parte não se desincumbiu do dever de exercer de modo efetivo a sua jurisdição interna, tanto o Estado como o perpetrador da ofensa poderão ser responsabilizados: o Estado perante a

Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos; o indivíduo perante o Tribunal Penal Internacional, desde que, é claro, estejam presentes os requisitos de competência estabelecidos no artigo 7º, § 1º, do Estatuto de Roma.

O Estatuto de Roma segue a tradição internacional, consolidada em vários textos internacionais de direitos humanos, entre eles as já citadas Convenções Internacionais contra a Tortura, de considerar a investigação e a punição dos violadores de direitos humanos como uma forma de reparação específica da ofensa³². Em outras palavras, para se desincumbir da obrigação de proteger direitos humanos, os Estados têm o dever fundamental de perseguir e punir adequadamente aqueles que violam direitos fundamentais.

Este objetivo de proteção dos direitos fundamentais, expresso no preâmbulo do Estatuto de Roma, foi corretamente percebido por ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS como uma indicação segura de que o Estatuto significa muito mais do que um conjunto de regras criadoras de uma corte internacional: ele tem a natureza jurídica de um tratado internacional de proteção de direitos humanos. Aliás, como anota o autor, não constitui novidade que um tratado de direitos humanos crie um tribunal internacional. E lembra que a Convenção Européia de Direitos Humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos criaram, cada qual, a sua Corte Internacional³³.

³² André de Carvalho Ramos. "O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição brasileira". Fauzi Hassan Choukr e Kai Ambos (organiz.). *Tribunal Penal Internacional*, cit., p. 256.

³³ Idem, *Ibidem*, p. 255.

As considerações do preâmbulo do Estatuto de Roma e as suas normas sobre os crimes, as penas e os procedimentos, aliadas às normas das Convenções Internacionais contra a Tortura, com a sempre mencionada preocupação de prevenir o delito por meio da punição severa e eficaz do agente, e de combater a impunidade para evitar a repetição do crime, assinalam uma orientação do Direito Internacional Público a ser percebida e assimilada pelo teórico do Direito Penal: muito antes de ser uma garantia ao criminoso, o Direito Penal constitui uma garantia aos direitos fundamentais das vítimas.

Não é por outro motivo que ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS afirma, a respeito do Tribunal Penal Internacional, que “a atividade maior do tribunal e do Ministério Público criados por esta citada Convenção é a investigação e punição de responsáveis por violações de direitos humanos”³⁴.

Ainda importa ressaltar que o crime de tortura foi incluído na competência *ratione materiae* da Corte como crime contra a humanidade. É claro que o Estatuto impôs restrições ao exercício desta competência, restrições que de resto são compatíveis com a competência internacional do Tribunal, determinando que a tortura e os outros crimes contra a humanidade sejam processados pela Corte desde que haja prova de que o autor os cometeu como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil e com conhecimento de tal ataque (Estatuto, art. 7º).

³⁴ Idem, *ibidem*, p. 256.

O ponto digno de nota é que, respeitados esses três critérios definidores da competência material da Corte Internacional³⁵, a tortura foi incluída no Estatuto como crime contra a humanidade. Os Estatutos dos Tribunais de Nuremberg e de Tóquio não faziam menção à tortura na categoria dos crimes contra a humanidade, muito embora fizessem referência a tratamento cruel nos crimes de guerra e a outros atos desumanos nos crimes contra a humanidade, como anota LYAL S. SUNGA³⁶. Já nos Estatutos para os tribunais penais para a antiga Iugoslávia e para Ruanda, a tortura foi incluída entre os crimes contra a humanidade. Agora, com a disposição do artigo 7, § 1º, *f*, do Estatuto de Roma, o Direito Internacional Público não deixa dúvida quanto à natureza do delito de tortura.

Esta decisão da comunidade internacional põe em evidência, em primeiro lugar, a natureza da tortura como crime internacional e, em segundo lugar, reafirma os suplícios como um atentado à dignidade da pessoa humana, que põe em risco a paz e a segurança da humanidade.

Essa postura é também condizente com o artigo 2º da Declaração sobre a proteção de todas as pessoas contra a tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (ONU, Resolução 3.452 da Assembleia Geral, em 9 de dezembro de 1975), que a considera um ultraje à dignidade da pessoa e uma negação aos objetivos da Carta das Nações Unidas.

³⁵ Três critérios: que o ato seja cometido (a) como parte de um amplo e sistemático ataque; (b) contra uma população civil; (c) com conhecimento do ataque (Estatuto, art. 7º, § 1º).

Outro ponto do Estatuto de Roma digno de nota é aquele do artigo 7º, § 2º, e, que define os elementos típicos do delito de tortura. Para a Corte Internacional Criminal, entende-se por tortura “infligir intencionalmente dores ou sofrimentos graves, físicos ou mentais, a um indivíduo que o acusado tenha sob sua custódia ou controle”. Exceção feita, seguindo a tradição do Direito Internacional, para as dores ou sofrimentos que sejam consequência de sanções lícitas, que sejam inerentes a tais sanções ou que delas decorram.

Note-se que o Estatuto não faz, na definição do delito de tortura, as mesmas exigências contidas nas Convenções contra a Tortura a respeito da especial natureza do agente. Em outras palavras, não exige que o crime seja cometido por agente público ou que conte com a instigação ou a aquiescência de uma pessoa com essa qualidade³⁷.

Ao exigir que a vítima esteja sob a custódia ou o controle do agente, o Estatuto amplia o âmbito de atuação do Tribunal Penal Internacional para aquelas pessoas que praticam a tortura sem que estejam revestidas da condição de agentes do Estado, lembrando apenas que os critérios do artigo 7º, § 1º não de ser identificados no caso concreto.

A definição mais ampla do que seja tortura para os fins do Estatuto de Roma foi bem recebida pela comunidade internacional, como anota LYAL S.

³⁶ Lyal S. Sunga. “A competência *ratione materiae* da Corte Internacional Criminal: arts. 5º a 10 do Estatuto de Roma”. Fauzi Hassan Choukr e Kai Ambos (org.). *Tribunal Penal Internacional*, cit., p. 207.

³⁷ O Direito Penal brasileiro também seguiu essa linha com a Lei 9.455/97. O tema será abordado no Capítulo II.

SUNGA³⁸, que representou o Alto Comissariado dos Direitos Humanos na Conferência de Roma e nos encontros do Comitê Preparatório para a Conferência Diplomática, em Nova York.

A opção política do Estatuto de Roma de excluir da definição de tortura qualquer exigência quanto à natureza do agente do crime é rigorosamente coerente com a concepção de que os suplícios atentam contra a dignidade da pessoa humana. Corretamente, o Estatuto reconhece que este bem jurídico fundamental pode ser gravemente violado por particulares, como por exemplo por integrantes de milícias, de organizações paramilitares ou de organizações criminosas, e que estes atos são igualmente passíveis de severa punição.

1.5 – A redefinição do conceito de soberania e a personalidade do indivíduo no Direito Internacional dos Direitos Humanos

A criação dos sistemas global e regional de proteção internacional dos Direitos Humanos é fruto das demandas históricas e das lutas pela salvaguarda desses direitos em um nível que superasse as fronteiras físicas e políticas dos Estados.

NORBERTO BOBBIO lembra que os direitos fundamentais são direitos históricos, que surgem das lutas que o homem trava ao longo da sua existência e das transformações sociais que essas lutas produzem nas condições

³⁸ Lyal S. Sunga. "A competência *ratione materiae* da Corte Internacional Criminal: arts. 5º a 10 do Estatuto

de vida. Para o autor, “os direitos ditos humanos são o produto não da natureza, mas da civilização humana”. E acrescenta que “enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e de ampliação”³⁹.

Mas o consenso a respeito da necessidade de transformar aquelas demandas históricas em direitos positivos internacionais não seria possível sem a profunda alteração do conceito de soberania estatal.

Quando se trata de reconhecer e proteger os direitos fundamentais em âmbito internacional há uma inegável tensão entre essa demanda histórica e o princípio de autodeterminação dos povos. Basta ver as dificuldades concretas para se adotar uma resolução ou se firmar um tratado internacional em favor de determinados direitos e as diferenças de adesões nos tratados internacionais de direitos humanos. Como exemplo, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos teve aceitação muito maior entre os Estados de cultura ocidental, ao passo que o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais recebeu maior apoio dos países de tradição socialista.

Tradicionalmente, o conceito de soberania absoluta dos Estados se identifica com o surgimento dos Estados nacionais. Trata-se de uma decorrência da necessidade histórica de os Estados estabelecerem um poder central, delimitarem as suas fronteiras e exercerem plenamente a autoridade político-jurídica dentro do seu território.

de Roma”. Fauzi Hassan Choukr e Kai Ambos (org.). *Tribunal Penal Internacional*, cit., pp. 207-8.

Posteriormente, o conceito de soberania absoluta sofreu significativas restrições com o surgimento do Direito Internacional. Em contrapartida, desenvolveu-se o princípio da não-intervenção, segundo o qual há assuntos que são de competência exclusiva dos Estados, de modo que ficam sujeitos ao seu domínio reservado⁴⁰. A Carta da Organização das Nações Unidas prevê a cláusula do domínio reservado do Estado no artigo 2º, § 7º.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos alterou, uma vez mais, a teoria da soberania, precisamente para impor limites à invocação da cláusula do domínio reservado do Estado.

Os horrores cometidos contra as populações civis na 2ª Guerra Mundial, mais especificamente o genocídio levado a cabo pela Alemanha nazista contra os judeus, os ciganos e os poloneses, demonstraram que a proteção dos direitos fundamentais seria inócua se ficasse restrita ao domínio reservado dos Estados.

A proteção do indivíduo baseada na cidadania se mostrou absolutamente insuficiente para impedir as graves violações que se seguiram ao início dos conflitos, já que a cidadania podia ser cassada pela vontade do próprio Estado violador⁴¹.

³⁹ Norberto Bobbio. *A Era dos Direitos*, cit., p. 32.

⁴⁰ Telma Berardo. *Soberania e Direitos Humanos: reconceituação com base na dignidade da pessoa humana*. Dissertação de Mestrado. PUC-SP, 2003, pp. 170-1.

⁴¹ O programa de emigração forçada dos judeus alemães, entenda-se, de expulsão, idealizado e executado pelo governo nazista no período pré-guerra, teve "suporte legal" nas Leis de Nuremberg, de 1935. As famosas leis nazistas de Nuremberg privaram os judeus dos seus direitos políticos, cassaram-lhes a cidadania. Leis posteriores impuseram a desnaturalização aos judeus que obtiveram cidadania alemã depois do início da Primeira Guerra Mundial. A privação da cidadania alemã possibilitou a expulsão maciça de

A experiência da 2ª Guerra Mundial demonstrou que a proteção dos direitos fundamentais só poderia decorrer da própria condição humana. Dito de outro modo, os direitos fundamentais derivam da dignidade inerente a todo ser humano.

Com esta alteração de perspectiva, a proteção dos direitos humanos passou a ser vista como questão de legítimo interesse internacional. Isso produziu o efeito de excluí-la do domínio reservado dos Estados⁴².

Segundo CANÇADO TRINDADE, a jurisprudência internacional já reconheceu, em diversas oportunidades, que a existência de obrigações legais advindas dos artigos 55 e 56 da Carta da ONU descarta a objeção da cláusula do artigo 2º, § 7º⁴³.

O autor ressalta que não tem havido espaço para a objeção da cláusula de competência nacional exclusiva no processo de interpretação dos instrumentos de proteção internacional. Afinal, o Estado-membro assume as obrigações internacionais no plano da proteção dos direitos humanos no exercício pleno da sua soberania. Ao contrário de constituir um abandono da soberania, a

centenas de milhares de judeus nos anos seguintes, o que caracterizou a primeira etapa do processo que levaria, nos anos finais da Guerra, à “Solução Final” do extermínio físico dos judeus nos campos do Leste Europeu. Cfr., sobre isso, Hannah Arendt. *Eichmann em Jerusalém*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, pp. 50 e ss..

⁴² Antônio Augusto Cançado Trindade. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, cit., p. 5.

⁴³ Antônio Augusto Cançado Trindade. Idem, p. 4. O autor se refere ao parecer de 1950 sobre a *Interpretação dos tratados de paz com a Bulgária, Hungria e Romênia* e ao parecer de 1971 sobre a *Namíbia*.

livre assunção de obrigações no plano internacional é a expressão maior do seu exercício.

Isso significa que o Estado não pode alegar dificuldades internas ou constitucionais para justificar o descumprimento das suas obrigações internacionais⁴⁴.

Também as cláusulas que estabelecem o princípio da jurisdição universal, contidas em ambos os tratados específicos contra a tortura, decorrem da revisão do conceito tradicional de soberania e do reconhecimento de que a positivação, a implementação e a proteção dos direitos fundamentais são uma questão de legítimo interesse internacional, que transcende a esfera doméstica dos Estados⁴⁵.

A fundamentação dos direitos fundamentais na dignidade da pessoa humana alterou ainda a posição dos indivíduos no Direito Internacional Público. Até então, apenas os Estados eram sujeitos de Direito Internacional. Os indivíduos eram vistos apenas por intermédio dos seus Estados.

A desnacionalização, cuja importância fundamental, como se disse, foi reconhecida diante da fragilidade da proteção baseada na condição de cidadão, ampliou sobremaneira as possibilidades de proteção do indivíduo. O

⁴⁴ Antônio Augusto Cançado Trindade. *Idem*, pp. 5-6.

⁴⁵ No mesmo sentido do texto, Mário Coimbra. *Tratamento do injusto penal da tortura*. São Paulo: RT, 2002, pp. 128-33.

Direito Internacional dos Direitos Humanos passou a se dirigir diretamente aos indivíduos, independentemente da sua condição nacional.

Essa nova postura do indivíduo se manifesta nas normas jurídicas internacionais que lhe conferem capacidade processual no Direito Internacional Público e lhe asseguram o direito de recorrer diretamente aos órgãos de monitoramento por meio de petições individuais⁴⁶. Com isso, a nacionalidade se tornou absolutamente irrelevante quando se trata de buscar a proteção da comunidade internacional. Basta que o indivíduo demonstre a sua vinculação com a violação sofrida⁴⁷.

Outra consequência importante da adoção da dignidade humana como fundamento dos direitos fundamentais – como foi referido nos parágrafos anteriores – é a proibição de que os Estados invoquem a reciprocidade para justificar o descumprimento de obrigações assumidas perante a comunidade internacional em matéria de Direito Humanitário.

Esta proibição consta no artigo 60, § 5º, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Pelas mesmas razões, os Estados-partes das Convenções de Genebra de 1949 estão proibidos de celebrar acordos bilaterais

⁴⁶ É necessário, entretanto, que o mecanismo das petições individuais seja aceito pelos órgãos de monitoramento em relação ao Estado-membro. Basta citar, como exemplo, que o mecanismo não vigora para o Brasil no âmbito do Comitê contra a Tortura, criado pela Convenção da ONU contra a Tortura. O artigo 22 da Convenção é uma cláusula facultativa e o Brasil não reconheceu a competência do Comitê para receber petições individuais em seu desfavor. Já no âmbito da Organização dos Estados Americanos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem competência para receber petições individuais em desfavor do Estado brasileiro. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao contrário da Corte Européia, não reconhece capacidade postulatória aos indivíduos. Ela tem competência para conhecer apenas os casos que lhe são encaminhados pela Comissão ou por um Estado-parte (art. 61, § 1º).

⁴⁷ Antônio Augusto Cançado Trindade. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, cit., pp. 6-7.

que possam “afetar a situação das pessoas protegidas e restringir ou rebaixar o grau de proteção”. O sistema internacional de proteção dos direitos humanos tem caráter universal e os Estados assumem obrigações *erga omnes*⁴⁸.

⁴⁸ Idem, Ibidem, pp. 10-2.

CAPÍTULO II

A tortura no Direito Penal brasileiro

2.1 – A tortura no Direito Penal Constitucional: a influência do Direito Internacional

Da perspectiva política, os documentos internacionais contra a tortura influenciaram o Direito Constitucional brasileiro antes mesmo da ratificação dos tratados internacionais e da incorporação jurídica das suas normas ao Direito interno.

Basta ver que a Constituição Federal de 1988 se inspirou claramente na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 5º), no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 7º) e na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 5º, § 2º) ao dispor, no artigo 5º, III e XLVII, alínea e, que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” e que “não haverá penas (...) cruéis”.

Os tratados internacionais da ONU e da OEA contra a tortura, especificamente naquilo que diz respeito à exigência de punição rigorosa dos suplícios, também exerceram a sua influência política sobre o Direito Constitucional brasileiro, que equiparou a tortura aos crimes hediondos e determinou ao Congresso Nacional que regulamentasse a matéria por meio de lei ordinária (CR 5º XLIII).

Ainda com relação ao dever de exercer a jurisdição criminal sobre os atos de tortura, a Constituição brasileira adotou a proibição de concessão de anistia ou de graça aos autores do delito de tortura (CR 5º XLIII). Com isso, a lei penal brasileira se alinhou com os tratados internacionais e com as cortes e comissões internacionais, que consideram atentatórias ao sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos quaisquer normas jurídicas, aí incluídas as decisões judiciais, tendentes a impedir a apuração das notícias de tortura e a punição dos seus responsáveis.

Foi mencionado no capítulo I que a Comissão Interamericana considerou a Lei 23.492, de 24 de dezembro de 1986, e a Lei 23.521, de 8 de junho de 1987, ambas promulgadas na Argentina e conhecidas, respectivamente, como Lei do Ponto Final e Lei da Obediência Devida, incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Segundo a Comissão, elas violavam os direitos das vítimas às garantias judiciais e à proteção judicial, porquanto extinguíram ações penais em curso e impediram a apuração e a punição das violações cometidas durante o regime militar daquele país⁴⁹.

Foi igualmente mencionado que a Comissão Interamericana declarou contrárias à Convenção Americana de Direitos Humanos, precisamente ao dever de investigar, processar e punir as violações de direitos fundamentais, as Leis nº 26.479 e 26.492, promulgadas pelo Congresso peruano no mês de junho de 1995. A primeira concedia anistia aos envolvidos na luta contra o

terrorismo e determinava a libertação de todos eles. Visava a impedir que altos funcionários militares do Estado peruano fossem investigados, processados e punidos por execuções extrajudiciais patrocinadas pelo denominado Grupo Colina, mantido pelo Serviço de Inteligência Nacional. A segunda lei visava a subtrair do Poder Judiciário a possibilidade de interpretar o alcance da primeira lei de anistia. Era dirigida à juíza do caso *Barrios Altos*, que declarou a Lei nº 26.479 contrária à Constituição peruana e manteve a tramitação dos processos contra os militares⁵⁰.

Foi visto, ainda, que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 26 de setembro de 2006, declarou a Lei de Anistia chilena incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos e condenou o Estado do Chile a adotar todas as providências necessárias para que o Decreto-lei nº 2.191, de 18 de abril de 1978, deixasse de representar um obstáculo à investigação, ao processo, à condenação e à punição dos responsáveis por crimes contra Humanidade.

As influências políticas do Direito Internacional dos Direitos Humanos ainda podem ser lidas no artigo 1º, III, da Constituição Federal, que adota a dignidade humana como princípio fundamental da República brasileira e do seu Estado Democrático de Direito, em perfeita sintonia com a estratégia protetora nascida no pós-2ª Guerra Mundial. E também no artigo 4º, II, III, VIII, IX e X, todos eles de caráter humanitário e fundamentados na dignidade humana.

⁴⁹ Comissão Interamericana de Direitos Humanos, OEA/Ser. L/V/II.83, doc. 14, de 12.3.1993, Informe nº 28/92, § 32.

⁵⁰ Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatório Anual 1996, Cap. V – Peru, itens I e IV.

Em resumo, muito embora os tratados internacionais específicos contra a tortura tenham sido ratificados pelo Estado brasileiro em 1989 e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 1992, esses instrumentos normativos do Direito Internacional, concluídos em 1984 (ONU), 1985 (OEA) e 1966 (PIDCP), já haviam produzido fortes efeitos políticos sobre a legislação constitucional brasileira.

Pode-se afirmar que a reconstrução democrática do Estado brasileiro, cujo marco jurídico foi a Constituição de 1988⁵¹, assentou as suas bases político-jurídicas na concepção humanitária nascida após a Segunda Guerra Mundial, porquanto tenha fundado a República, a Democracia e o Direito brasileiros no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. É este o princípio que confere legitimidade aos nossos sistemas político e jurídico.

2.2 – Ratificação, incorporação e nível hierárquico dos tratados internacionais de Direitos Humanos

A ratificação pelo Estado brasileiro dos tratados internacionais que buscam, de qualquer forma, coibir a prática da tortura ocorreu apenas após a promulgação da Constituição de 1988. A Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura foi ratificada em 20 de julho de 1989. A Convenção da ONU contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou

Degradantes foi ratificada em 28 de setembro de 1989. O Pacto Internacional dos Direitos Políticos e Civis foi objeto de ratificação em 24 de janeiro de 1992, ao passo que a Convenção Americana de Direitos Humanos foi ratificada em 25 de setembro de 1992. O Brasil ainda não ratificou o Protocolo Facultativo à Convenção da ONU contra a Tortura, embora o tenha assinado em 13 de outubro de 2003.

O momento da incorporação desses tratados ao Direito interno e o nível hierárquico que ocupam são, ainda hoje, objeto de grandes debates e divergências. São bastante conhecidas as posições conflitantes.

Quanto ao momento da incorporação, a concepção mais adequada à importância que a Constituição brasileira de 1988 atribui aos direitos fundamentais é aquela segundo a qual os tratados internacionais de direitos humanos são incorporados ao Direito interno no momento mesmo da sua ratificação. Ou seja, os tratados de direitos humanos passam a vigorar para o Brasil no âmbito internacional e no plano interno simultaneamente, a partir do ato de ratificação e de depósito do respectivo instrumento junto à autoridade internacional competente.

Essa tese encontra fundamento jurídico no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, segundo o qual *“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”*.

⁵¹ No sentido do texto, Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 51.

Isso significa que os tratados internacionais de direitos humanos são automaticamente incorporados ao Direito interno, independentemente de intermediação do Poder Legislativo para editar ato com força de lei que outorgue vigência interna às normas internacionais, ou do Poder Executivo para editar ato que lhes dê publicidade.

Não se deve imaginar, entretanto, que a simples assinatura do tratado já o incorpore ao Direito interno. A Constituição Federal não dispensa, como é óbvio, os trâmites normais para a ratificação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. O que se sustenta é que, uma vez ratificado o tratado e depositado o seu instrumento na secretaria do órgão internacional competente, após os trâmites constitucionais junto ao Congresso Nacional e a Presidência da República, ele passe a valer para o Brasil tanto no âmbito externo como no interno, simultaneamente.

Segundo essa concepção, ficam dispensados o Decreto Legislativo e o Decreto do Executivo para declarar o tratado internacional incorporado ao Direito interno.

A Constituição Federal adotou um sistema misto para a incorporação dos tratados internacionais. Dado o claro mandamento do artigo 5º, § 1º, os tratados internacionais de proteção de direitos humanos são automaticamente incorporados no momento da ratificação e do depósito do instrumento.

Já para os tratados internacionais tradicionais, baseados no princípio da reciprocidade, nos quais os Estados fazem concessões mútuas para proteger interesses comerciais, industriais, tecnológicos, políticos, militares etc., vigora a exigência de intermediação do Poder Legislativo e do Poder Executivo, além dos atos de ratificação e de depósito, para que sejam incorporados ao Direito interno. Nestes casos, o sistema é o da incorporação legislativa dos tratados, que se opera por meio da reprodução da norma de Direito internacional por uma norma jurídica de Direito interno.

É o que se depreende da leitura do artigo 49, I, da Constituição Federal, segundo o qual é da competência exclusiva do Congresso Nacional *“resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”*, i.e., sobre tratados internacionais de interesse exclusivo do Estado brasileiro.

A diferença de tratamento dispensada pela Constituição aos tratados internacionais de direitos humanos e aos tratados tradicionais se justifica plenamente.

Os direitos humanos são tema de legítimo interesse internacional, fundam-se na dignidade humana, que é atributo inerente ao ser humano, e não se restringem ao domínio reservado dos Estados nem estão sujeitos à competência exclusiva deles. Em suma, o processo de desnacionalização dos direitos humanos alterou profundamente a perspectiva de proteção do ser humano, passando a fundá-la na condição humana e não na condição de nacional de um

determinado Estado. Sendo assim, não há razão alguma para que, em matéria de proteção de direitos humanos, exija-se a edição de atos legislativos internos, além da ratificação do tratado e do depósito, para que o instrumento de proteção seja incorporado ao Direito brasileiro.

O citado artigo 5º, § 1º, coincide com a concepção humanitária adotada pela Constituição em normas precedentes, especificamente nos artigos 1º, III, e 4º, II.

Questão igualmente conturbada é a do nível hierárquico que os tratados internacionais de direitos humanos ocupam no sistema jurídico brasileiro. Doutrina e jurisprudência se dividem entre duas interpretações: a primeira, mais difundida nos Tribunais em razão da posição do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual todo e qualquer tratado internacional é incorporado ao Direito interno com valor de lei ordinária; a segunda, quase unânime na doutrina que se ocupa dos direitos fundamentais, de que os tratados de direitos humanos são incorporados com valor de norma constitucional, ao passo que os tratados tradicionais possuem a mesma hierarquia das leis ordinárias.

Em favor da primeira posição, o Supremo Tribunal Federal interpreta o artigo 105, III, a, como um indicativo de que os tratados e as leis federais possuem idêntica hierarquia, tanto que a divergência entre eles e a decisão judicial há de ser decidida em recurso especial, a ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça. Extrai essa mesma conclusão da análise do artigo 102, III, b,

que lhe atribui competência para julgar, em recurso extraordinário, as causas em que houver sido declarada a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal.

Por ocasião do julgamento do RHC 79.785, o relator ministro SEPÚLVEDA PERTENCE fez consignar em seu voto que a prevalência da Constituição Federal sobre os tratados

“(...) está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em conseqüência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b)”.

Neste caso específico, o relator asseverou explicitamente que a prevalência da Constituição sobre os tratados internacionais inclui os tratados de direitos humanos⁵².

Ao decidir sobre a concessão de antecipação de tutela na ADIn 1480-DF⁵³, o relator ministro CELSO DE MELLO afirmou:

“(...) no sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em conseqüência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política”.

⁵² Nas palavras do ministro: “Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José.” STF, RHC 79.785-RJ, Tribunal Pleno, j. 29.3.2000, publicação DJ 22.11.2002, p. 57.

⁵³ Julgado em 26 de junho de 2001; publicado no DJ em 8 de agosto de 2001, p. 3.

E acrescentou, interpretando o artigo 102, III, *b*, da Constituição Federal:

" (...) o Poder Judiciário - fundado na supremacia da Constituição da República - dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno".

Finalizou concluindo que:

"(...) os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa... No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico ("lex posterior derogat priori") ou, quando cabível, do critério da especialidade".

Essa posição do Supremo Tribunal Federal é evidentemente inadequada à proteção dos direitos fundamentais e incompatível com a importância que a própria Constituição Federal atribuiu aos direitos humanos. Ademais, o Supremo Tribunal Federal dispensa tratamento idêntico aos tratados tradicionais e aos tratados de direitos humanos, os quais, como já se ressaltou, possuem características e fundamentos jurídico-políticos tão díspares. Por fim, a postura da mais alta corte do País ignora o artigo 5º, § 2º, da Constituição da

República, que efetivamente confere aos tratados internacionais de direitos humanos um regime jurídico de norma constitucional.

É precisamente no artigo 5º, § 2º, que a doutrina majoritária sustenta que as normas protetoras de direitos humanos, contidas nos tratados internacionais, ocupam, no Direito interno, a mesma posição hierárquica das normas constitucionais.

FLÁVIA PIOVESAN ressalta o ineditismo do artigo 5º, § 2º, da Constituição. Em relação ao artigo 153, § 36, da Constituição de 1967, a Constituição de 1988 inovou ao incluir os direitos reconhecidos em tratados internacionais de que o Brasil faz parte entre os direitos constitucionalmente protegidos. Com isso, sustenta a autora, a Constituição confere aos direitos reconhecidos em tratados a natureza especial de norma constitucional⁵⁴. E conclui: *“Os direitos garantidos nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados.”*⁵⁵

Ademais, esta posição é perfeitamente coincidente com o tratamento que os artigos 1º, III, e 4º, II, da Constituição da República dão aos direitos fundamentais. O primeiro a elevá-los à condição de princípio fundamental da República brasileira e do seu Estado Democrático. O segundo a considerá-los prioritários nas relações internacionais do Estado brasileiro.

Já os tratados internacionais tradicionais, informados pelo princípio da reciprocidade entre os Estados, sujeitam-se à disciplina já indicada pelo Supremo Tribunal Federal: possuem a mesma força normativa das leis ordinárias federais.

Em razão do enunciado do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, JOSÉ AFONSO DA SILVA classifica os direitos individuais em três categorias: (a) direitos expressos; (b) direitos implícitos, subentendidos em regras de garantia; (c) direitos decorrentes do regime e dos tratados internacionais de que o Brasil é parte, como “aqueles que não são nem explícita nem implicitamente enumerados, mas provêm ou podem vir a provir do regime adotado”⁵⁶.

FLÁVIA PIOVESAN critica a classificação de JOSÉ AFONSO, por entender que os direitos reconhecidos em tratados são também direitos expressos e não podem ser considerados como direitos decorrentes do regime, muitas vezes de difícil caracterização⁵⁷.

Ela propõe outra classificação para os direitos de natureza constitucional: (a) direitos expressos na Constituição; (b) direitos expressos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte; (c) direitos implícitos, subentendidos nas regras de garantia, decorrentes do regime ou dos princípios adotados pela Constituição⁵⁸.

⁵⁴ Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, cit., pp. 82-3.

⁵⁵ Idem, *Ibidem*, p. 83.

⁵⁶ José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 191.

⁵⁷ Idem, *Ibidem*, p. 88.

⁵⁸ Idem, *Ibidem*, p. 89.

A especificidade do tema dos direitos fundamentais e a diferença de tratamento que a Constituição Federal de 1988 dispensou aos tratados internacionais que os estabelecem foram anotadas com precisão por ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE. Segundo o autor⁵⁹:

“O disposto no artigo 5 (2) da Constituição Brasileira de 1988 se insere na nova tendência de Constituições latino-americanas recentes de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados. A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição Brasileira de 1988: se, para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a 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 fundamentais neles garantidos passam, consoante os artigos 5 (2) e 5 (1) da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.”

E acrescenta:

Os fundamentos últimos da proteção dos direitos humanos transcendem o direito estatal, e o consenso generalizado formado hoje em torno da necessidade da internacionalização de sua proteção corresponde a uma manifestação cultural de nossos tempos juridicamente viabilizada pela coincidência de objetivos entre o direito internacional e o direito interno quanto à proteção da pessoa humana.

Deve-se ressaltar, ainda, que a posição adotada pela doutrina atende ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, já que

⁵⁹ Antônio Augusto Cançado Trindade. *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no Direito brasileiro*. San Jose da Costa Rica/Brasília: IIDH e outros, 1996, pp. 210-1.

extrai do artigo 5º, § 2º, da Constituição o máximo de significado e de força normativa na proteção dos direitos fundamentais⁶⁰.



KONRAD HESSE chama a atenção para a importância decisiva da interpretação para a consolidação e a preservação da força normativa da Constituição. E afirma: “A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma”⁶¹.

Trata-se da necessidade de se reconhecer a existência de um limite à interpretação das normas constitucionais, imposto pela própria Constituição: ao eleger a cidadania e a dignidade da pessoa humana como princípios fundamentais da República brasileira, a Constituição Federal deixa claro que as suas normas não podem ser interpretadas de modo a restringir a eficácia das normas jurídicas que, direta ou indiretamente, reconhecem e protegem os direitos fundamentais. Ao contrário, a interpretação jurídica há de conferir, como se disse no parágrafo anterior, o máximo de força normativa ao dispositivo constitucional e às normas jurídicas infraconstitucionais das quais dependem a proteção da pessoa humana contra as ameaças e as violações dos seus direitos fundamentais.

O princípio da máxima efetividade das normas jurídicas de proteção dos direitos fundamentais também pode ser extraído do artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos, notadamente da alínea a, segundo o qual

⁶⁰ No sentido do texto, Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, cit., pp. 89-90.

“Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; (...).”

Se as discussões a respeito do tema estavam longe do consenso, a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, lançou mais dúvidas sobre a questão. Ao acrescentar o § 3º ao artigo 5º da Constituição, a Emenda dispôs que *“Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”*.

Se por um lado o novo parágrafo obrigará o Supremo Tribunal Federal a rever a sua posição, já que deixa evidente que os direitos fundamentais reconhecidos e garantidos em tratados internacionais têm importância constitucional e regime jurídico diverso daquele dos tratados tradicionais, por outro lado a exigência de adoção do mesmo processo legislativo das emendas constitucionais para que os tratados de direitos humanos tenham *status* de norma constitucional lança uma sombra de dúvida a respeito dos tratados firmados e ratificados pelo Brasil antes de 30 de dezembro de 2004.

No sistema do Direito Positivo, o reconhecimento e a garantia dos direitos fundamentais, bem como o seu *status* em um sistema jurídico concreto,

⁶¹ Konrad Hesse. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: 65

dependem exclusivamente das normas jurídicas. Essa característica essencial dos direitos foi bem anotada por JOSÉ AFONSO DA SILVA, para quem “A eficácia e aplicabilidade das normas que contêm os direitos fundamentais dependem muito do seu enunciado, pois se trata de assunto que está em função do Direito positivo.”⁶²

Como a Emenda Constitucional nº 45 não estabeleceu regra de transição, a questão haverá de ser necessariamente decidida pelos Tribunais, aos quais cabe mesmo a última palavra sobre a atribuição dos códigos lícito e ilícito às condutas humanas.

Mas vale lembrar que a Constituição Federal consagra a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais da República do Brasil (CR 1º III), elege a prevalência dos direitos humanos como um princípio a condicionar o País em suas relações internacionais (CR 4º II) e atribui a condição de cláusula pétrea às normas que estabelecem e protegem direitos fundamentais (CR 60 § 4º IV). Em outras palavras, é inegável a importância que o sistema constitucional brasileiro atribui aos direitos fundamentais, a ponto de reconhecê-los como elemento de legitimação política do Estado.

Logo, os Tribunais seriam coerentes com a Constituição e atenderiam ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais se reconhecessem o *status* constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados antes de 30 de dezembro de 2004. Isso porque, à época da

Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 22.

ratificação, o direito constitucional brasileiro não trazia qualquer exigência de que fossem submetidos à aprovação pelo rito das Propostas de Emenda à Constituição.

O § 3º se coloca em nítida contradição com os §§ 1º e 2º: para estes últimos, os direitos e garantias reconhecidos nos tratados de que o Brasil é parte são direitos constitucionais expressos e são incorporados ao Direito interno automaticamente, com a simples ratificação e depósito do instrumento; para aquele novo dispositivo, esses direitos e garantias terão *status* de emenda constitucional desde que aprovados segundo o rito legislativo das emendas constitucionais.

Outro grave retrocesso na proteção dos direitos fundamentais, ocasionado pela referida emenda constitucional, advém do fato de que, a prevalecer sobre os §§ 1º e 2º, o § 3º estabelece duas categorias de direitos fundamentais reconhecidos e garantidos em tratados internacionais de que o Brasil é parte: os direitos fundamentais constitucionais e os direitos fundamentais infraconstitucionais. E pior, essa disparidade de tratamento, dispensada a direitos por vezes semelhantes, será devida ao simples fato de o Congresso Nacional ter ou não ter votado e aprovado a matéria em quorum qualificado.

O § 3º, acrescido ao artigo 5º pela Emenda Constitucional nº 45, põe o Direito brasileiro na contramão da concepção contemporânea dos direitos

⁶² José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., p. 178.

fundamentais e do próprio Direito Internacional Público, segundo os quais esses direitos constituem uma unidade interdependente e indivisível⁶³.

A unidade e indivisibilidade dos direitos fundamentais foram reconhecidas na Resolução 32/130 da Assembléia Geral das Nações Unidas e foi reiterada na Declaração de Viena de 1993⁶⁴. O Estado brasileiro adotou a Declaração e se comprometeu a proteger todos os direitos fundamentais “com a mesma ênfase”, como direitos indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados.

Parece claro que, ao possibilitar a criação de duas categorias de direitos fundamentais, a Emenda Constitucional nº 45 descumpra os compromissos assumidos pelo Brasil junto à comunidade internacional.

O efeito jurídico mais evidente da incorporação dos tratados internacionais de proteção de direitos humanos em nível constitucional é a possibilidade de se invalidar, por vício da inconstitucionalidade, qualquer ato normativo que contrarie a convenção.

Mas não se deve esquecer da possibilidade de se questionar a inconstitucionalidade por omissão da legislação infraconstitucional nos casos em que o Congresso Nacional deixar de adotar as disposições de Direito interno

⁶³ Flávia Piovesan. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, cit., p. 159.

⁶⁴ Declaração e Programa de Ação de Viena, art. 5º: “Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem os seus sistemas políticos, econômicos e culturais.” A Declaração foi firmada na Conferência Mundial dos Direitos Humanos, em 25 de junho de 1993.

necessárias para assegurar o exercício livre e pleno dos direitos fundamentais reconhecidos nos tratados.

No caso da tortura, o dever de adotar disposições de Direito interno é reconhecido nos artigos 2º, § 1º, e 4º da Convenção da ONU e no artigo 6º da Convenção da OEA.

O Estado-parte não se desincumbe desse dever se adotar qualquer disposição de Direito interno. Graças ao consenso dos Estados-partes, os tratados internacionais de direitos humanos fixam parâmetros mínimos de proteção dos direitos fundamentais. O Direito nacional pode até ampliar esses parâmetros, a fim de incrementar a proteção, mas não pode ficar aquém do exigido nos tratados, pois foi com esse mínimo que o País se comprometeu. Se ficar aquém, a sua omissão legislativa pode ser questionada em ação de inconstitucionalidade⁶⁵.

A incorporação dos tratados de direitos humanos ainda produz o efeito jurídico de permitir a integração e a complementação do Direito nacional pelas normas jurídicas criadas pelas Convenções internacionais. Não é raro que os tratados internacionais supram lacunas do Direito interno ou reforcem o conceito de direitos fundamentais ou de condutas ilícitas já reconhecidos pelo Direito brasileiro.

⁶⁵ No sentido do texto, cfr. Jorge de Figueiredo Dias: “Naturalmente, onde o legislador constitucional aponte *expressamente* a necessidade de intervenção penal para tutela de bens jurídicos determinados, tem o legislador ordinário de seguir esta injunção e criminalizar os comportamentos respectivos, sob pena de inconstitucionalidade por omissão”. Mas o próprio autor reconhece que, no cumprimento da sua tarefa, o legislador ordinário sempre contará com uma larga margem de liberdade no que diz respeito à forma concreta

O Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão em pelo menos duas oportunidades importantes, e em ambas reconheceu a possibilidade de integração do Direito interno pelo Direito internacional dos Direitos Humanos. Pela relevância do tema, pela profundidade dos debates e pela repercussão dos casos, tais decisões se tornaram importantes precedentes a orientar as decisões do sistema jurídico brasileiro.

No primeiro caso, que será novamente abordado no item referente à incriminação da tortura no Estatuto da Criança e do Adolescente (item 2.3.1), o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade do artigo 233 da Lei 8.069/90 e a sua integração pelos tratados internacionais que definiam os meios de execução do crime de tortura⁶⁶.

No segundo caso, mais recente e que foi acompanhado com grande interesse pela comunidade jurídica e pela imprensa, o Supremo Tribunal Federal foi chamado a julgar o HC nº 82.424-2, impetrado em favor de um editor radicado no Rio Grande Sul, que escrevera e publicara livros de conteúdo anti-semita⁶⁷. Um dos argumentos da impetração era o de que o Direito brasileiro não punia a discriminação por origem étnica, mas tão somente pela cor da pele.

de incriminação e à medida da sanção. Jorge de Figueiredo Dias. *Questões fundamentais de Direito Penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p. 80.

⁶⁶ STF, HC nº 70.389-5-SP, Tribunal Pleno, j. em 23.6.1994, rel. ministro Sidney Sanches, relator para o acórdão ministro Celso de Mello.

⁶⁷ STF, HC nº 82.424-2-RS, Tribunal Pleno, j. em 17.9.2003, rel. ministro Moreira Alves, relator para o acórdão ministro Maurício Corrêa.

Acompanhando o voto do ministro MAURÍCIO CORRÊA, o Tribunal Pleno entendeu, por maioria de votos, que a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, firmada pela Assembléia Geral da ONU em 21 de dezembro de 1965 e ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968, complementava o Direito brasileiro e reforçava o universo conceitual do delito de racismo, para abranger os atos de discriminação fundados em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica.

“De grande importância para a solução do caso concreto, seu [da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial] artigo 1º qualifica como **discriminação racial** qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, **descendência ou origem nacional ou étnica**, e no seu artigo 4º condena também a incitação às práticas discriminatórias que **‘se inspirem em idéias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica que pretendem justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e discriminação raciais’**. É claro que essas normas internacionais inspiraram e balizaram a atuação da Assembléia Constituinte de 88 e do legislador ordinário, merecendo, por outra via, consideração irrestrita do intérprete da Carta Federal, especialmente por se acharem formalmente incorporadas ao nosso sistema jurídico.”

2.3 – A tortura no Direito Penal infraconstitucional: influências e pontos de conflito e de convergência com os tratados internacionais

Ao contrário da tendência identificada na Constituição da República de 1988, a legislação penal infraconstitucional brasileira começou a se modificar para incriminar a tortura somente após a ratificação dos tratados internacionais da ONU e da OEA contra a tortura.

O Congresso Nacional demorou para incriminar os atos de tortura no Direito interno. Mesmo depois da abertura política concluída nos anos 80, da promulgação da Constituição de 1988, com o seu vasto rol de direitos fundamentais e com a sua expressa proibição da tortura, e da ratificação em 1989 das Convenções internacionais da ONU e da OEA, os suplícios só foram sistematicamente incriminados, em lei específica, em 7 de abril de 1997, por meio da Lei nº 9.455. Ou seja, oito anos e meio depois da promulgação da Constituição e mais de sete anos depois da ratificação dos tratados internacionais contra a tortura.

Antes disso, a tortura era apenas indiretamente incriminada no Direito Penal brasileiro: ora como lesões corporais, ora como crime de abuso de autoridade (Lei 4.898/65, art. 3º, I), ou então como qualificadora dos crimes de homicídio (CP 121 § 2º III; CPM 205 § 2º III) e de seqüestro (CP 148 § 2º) ou como simples agravante genérica prevista na Parte Geral do Código Penal e do Código Penal Militar (CP 61 II d; CPM 70 II e).

2.3.1 – a legislação penal anterior a 7 de abril de 1997

Em ordem cronológica, o primeiro texto legal a tratar especificamente da tortura foi a Lei 8.069/90, que criou o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Os artigos 17 e 18 do ECA asseguram a todas as crianças e adolescentes o direito à inviolabilidade da integridade física e atribui ao Poder Público e à sociedade a obrigação de colocá-los a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

O artigo 233 incriminava a conduta de submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a tortura, cominando-lhe pena de reclusão de um a cinco anos, que poderia chegar a trinta anos se houvesse o resultado morte.

Foi este artigo que gerou a maior polêmica em torno da proteção do ECA contra a tortura. É verdade que a norma jurídica em questão não definiu quais seriam os atos de tortura, o que suscitou o debate a respeito da sua constitucionalidade, posto que se sustentava que o artigo violava o princípio da legalidade.

Ocorre que esse conceito normativo – tortura – já podia ser encontrado nas Convenções da ONU e da OEA sobre a tortura, as quais haviam sido incorporadas ao Direito brasileiro em 1989. Em outras palavras, o artigo 233 do ECA constituía uma norma penal em branco, cuja complementação poderia ser feita sem qualquer dificuldade com o recurso às convenções internacionais ratificadas pelo Governo brasileiro desde 1989.

O debate mais importante sobre a matéria foi travado no Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do já mencionado Habeas Corpus nº

70.389-5⁶⁸. Por seis votos a cinco, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal entendeu que a complementação à norma penal em branco do artigo 233 do ECA, referente à definição dos meios de execução do crime de tortura, podia ser encontrada em tratados internacionais de direitos humanos, todos eles ratificados pelo Brasil e incorporados ao Direito interno, tais como a Convenção de Nova York sobre os Direitos das Crianças (1990), a Convenção Americana de Direitos Humanos e as Convenções da ONU e da OEA contra a Tortura.

As discussões tiveram origem no habeas corpus impetrado em favor de dois policiais militares contra ato do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de um conflito de jurisdição entre a 4ª Auditoria Militar do Estado de São Paulo e a 4ª Vara Criminal da Comarca de São José dos Campos, no Estado de São Paulo.

Referidos policiais militares haviam sido acusados, simultaneamente, perante a Justiça Militar e a Justiça Comum por crimes de lesões corporais dolosas e de tortura, respectivamente, ambos referentes aos mesmos acontecimentos ocorridos em São José dos Campos.

O Superior Tribunal de Justiça resolvera o conflito de maneira a manter os dois processos – os policiais responderiam perante a Justiça Militar pelo crime contra a pessoa e perante a Justiça Comum pelo delito de tortura –, o que levou o Supremo Tribunal Federal a reconhecer a ocorrência de dupla incriminação pelo mesmo fato.

⁶⁸ STF, HC n° 70.389-5-SP, Tribunal Pleno, j. em 23.6.94, rel. ministro Sidney Sanches, relator para o

Ao enfrentar a questão da constitucionalidade do artigo 233 do ECA, o Supremo Tribunal Federal realizou um dos julgamentos mais importantes sobre o tema da complementação do Direito interno pelo Direito internacional dos Direitos Humanos, cujos princípios ali estabelecidos serviriam de paradigma futuro a respeito da matéria.

“NECESSIDADE DE REPRESSÃO À TORTURA – CONVENÇÕES INTERNACIONAIS: O Brasil, ao tipificar o crime de tortura contra crianças ou adolescentes, revelou-se fiel aos compromissos que assumiu na ordem internacional, especialmente àqueles decorrentes da Convenção de Nova York sobre os Direitos da Criança (1990), da Convenção contra a Tortura adotada pela Assembléia Geral da ONU (1984), da Convenção Interamericana contra a Tortura concluída em Cartagena (1985) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), formulada no âmbito da OEA (1969). Mais do que isso, o legislador brasileiro, ao conferir expressão típica a essa modalidade de infração delituosa, deu aplicação efetiva ao texto da Constituição Federal, que impõe ao Poder Público a obrigação de proteger os menores contra toda a forma de violência, crueldade e opressão (art. 227, caput, in fine).”

Em seu voto, o ministro CELSO DE MELLO, relator para o acórdão, decidiu que:

“Impõe-se ressaltar, neste ponto, que o tipo penal em causa é passível de complementação, à semelhança do que ocorre com os tipos penais **abertos**, bastando, para esse efeito, que o aplicador da norma proceda à integração do preceito primário incriminador mediante utilização dos meios postos à sua disposição.

Cumpre destacar, pois, dentro dessa perspectiva, a existência de diversos atos internacionais que, subscritos pelo Estado brasileiro, já se acham formalmente incorporados ao nosso sistema jurídico.

O Brasil, consciente da necessidade de prevenir e reprimir os atos caracterizadores da tortura, subscreveu, no plano externo, importantes documentos internacionais, de que destaco, por sua inquestionável importância, a **Convenção Contra**

a **Tortura** e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1984; a **Convenção Interamericana** para Prevenir e Punir a Tortura, concluída em Cartagena em 1985, e a **Convenção Americana** sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), adotada no âmbito da OEA em 1969.

Esses atos internacionais já se acham incorporados ao plano do direito positivo interno (Decreto n° 40/91, Decreto n° 98.386/89 e Decreto n° 678/92) e constituem, sob esse aspecto, instrumentos normativos que, podendo e devendo ser considerados pelas autoridades nacionais, **fornecem subsídios relevantes** para a adequada compreensão da noção típica do crime de tortura, ainda que em aplicação limitada, no que se refere ao objeto da sua incriminação, apenas às crianças e aos adolescentes.”

Mas é preciso reconhecer que a apertada maioria – 6 votos a 5 – com que foi negada a ordem impetrada, revelando a divergência no âmbito da mais alta corte do país, deixava claro o dissenso da comunidade jurídica a respeito do tema. Não foram poucos os defensores do entendimento mais restritivo, segundo o qual o artigo em apreço violava o princípio da taxatividade das normas penais. Com críticas severas ao ECA, dizia-se que a norma não definia com precisão a conduta incriminada e alegava-se que o Direito brasileiro não possuía a definição de tortura. Em alguns escritos, porém, sequer havia menção à clara definição dada pelas Convenções internacionais. Aliás, sequer se considerava a sua existência⁶⁹.

A contradição estava no fato de que se justificava a tese da inconstitucionalidade com o pretexto de que a norma do artigo 233 violava direitos fundamentais, posto que não dava a conhecer a conduta incriminada. Enquanto isso, a tortura contra crianças e adolescentes era praticada impunemente em todo

⁶⁹ Em defesa da posição conservadora, segundo a qual a norma do artigo 233 do ECA era inconstitucional porque violava o princípio da legalidade, confira-se Alberto Silva Franco, *Crimes Hediondos*, pp. 63-4.

o País, em especial nos estabelecimentos de cumprimento da medida socioeducativa de internação⁷⁰. Em suma, aquele entendimento supostamente alinhado com a defesa dos direitos fundamentais serviu apenas para assegurar a impunidade aos que torturaram crianças e adolescentes, em franca violação à Constituição Federal e aos compromissos que o Brasil assumira perante a comunidade internacional para o combate à tortura.

O artigo 233 acabou expressamente revogado pela Lei 9.455/97.

Meses depois do Estatuto da Criança e do Adolescente, promulgou-se, aos 25 de julho de 1990, a Lei 8.072, que regulamentou o artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal e definiu os crimes hediondos. A tortura foi tratada no texto legal como crime equiparado aos hediondos, à qual se deveria aplicar a mesma disciplina destes últimos.

A Lei dos Crimes Hediondos vedou-lhe a graça, a anistia e o indulto, a fiança e a liberdade provisória.

Naquilo que diz respeito à proibição de graça, de anistia e de indulto em favor dos autores ou partícipes do crime de tortura, o Congresso Nacional se

Ignorando por completo as convenções internacionais sobre a tortura, o autor escreveu que o ECA dizia “coisa alguma”.

⁷⁰ Para um relato pormenorizado de casos de tortura contra adolescentes em estabelecimentos de cumprimento de medida socioeducativa de internação, vale conferir: ONU. Comissão de Direitos Humanos. *Relatório sobre a tortura no Brasil*. Genebra, 2001, E/CN.4/2001/66.Add.2., especialmente o item referente aos centros de detenção de menores infratores. Amnesty International. “Brésil: Des vies gâchéés – les centres de détention pour mineurs de la Febem, São Paulo: une crise des droits humains et non une question de sécurité publique”. Index AI: AMR 19/014/00, Londres, juillet 2000, <http://web.amnesty.org/library/Index/FRAAMR190142000?open&of=FRA-BRA>, em 31 de maio de 2006, às 11 horas e 50 minutos, notadamente o item 2 “Une culture de violences et d’humiliations” e o item 3 “Douze mois de chaos”. Amnesty International. “Brasil: Aqui ninguém dorme sossegado: violações dos direitos humanos

mostrou atento à orientação da comunidade internacional, especialmente àquela consolidada pela Comissão e pela Corte Interamericanas de Direitos Humanos, segundo a qual a investigação, o processo e a punição dos responsáveis pela tortura são expressões do devido processo legal e integram o direito fundamental das vítimas às garantias judiciais e à proteção judicial, reconhecidos nos artigos 8º e 25, respectivamente, da Convenção Americana de Direitos Humanos⁷¹.

Com isso, o Estado brasileiro reconheceu, no Direito Penal interno, o seu dever de investigar, processar e punir os autores e partícipes do delito de tortura, tanto que vedou ao Executivo a possibilidade de anistiá-los, de agraciá-los ou de indultá-los.

Todavia, com exceção do artigo 233 do ECA, não havia no Direito Penal da época, *i.e.*, em 1990, outro tipo penal incriminando a tortura e cominando-lhe penas. Como se não bastasse, ainda havia as discussões a respeito da constitucionalidade do referido artigo, já mencionadas alhures.

Oito anos e meio depois da promulgação da Constituição e sete anos e sete meses passados da ratificação da Convenção da ONU contra a Tortura, o Congresso Nacional deu ao País a Lei 9.455, de 7 de abril de 1997.

contra detentos”, Porto Alegre/São Paulo: Seção brasileira da Anistia Internacional, 1999, notadamente os capítulos 2 e 7.

⁷¹ Vale lembrar, como já ficou ressaltado no Capítulo I, que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos concluiu, em 1992, que as Leis do Ponto Final e da Obediência Devida, promulgadas pela Argentina em 1986 e em 1987, violavam o dever de investigar, processar e punir os responsáveis pelas graves violações de direitos humanos, aí incluída a tortura.

2.3.2 – a Lei 9.455, de 7 de abril de 1997: o tratamento jurídico-penal da tortura no Direito Penal infraconstitucional

O Estado brasileiro não se desincumbiu dos deveres assumidos ao ratificar as Convenções da ONU e da OEA contra a tortura.

Uma análise superficial do Direito Penal brasileiro poderia dar a impressão de que o Brasil cumpriu a sua obrigação ao promulgar a Lei 9.455, de 7 de abril de 1997. Mas o Direito interno não correspondeu integralmente àqueles parâmetros mínimos de proteção estabelecidos nos tratados internacionais contra a tortura, com os quais o Estado brasileiro se comprometeu pela via do consenso.

Como já se ressaltou neste capítulo, o dever de adotar disposições de Direito interno não é livre. A Convenção da ONU contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura estabelecem os parâmetros mínimos para a proteção do direito fundamental a não ser torturado.

Esses parâmetros mínimos dizem respeito ao conceito de tortura, às condutas a serem incriminadas, às penas a serem cominadas, à forma de receber as notícias de violação, ao modo de se proceder para investigar, acusar e punir os atos de tortura, às hipóteses em que o Estado-parte há de exercer a sua jurisdição penal etc.

Analisando a legislação penal brasileira à luz desses parâmetros mínimos, chega-se à conclusão de que o Direito Penal brasileiro como um todo, e a Lei 9.455/97 em particular, são omissos em relação aos deveres de prevenir e punir a tortura, os quais foram assumidos pelo Brasil perante a comunidade internacional e incorporados ao seu Direito Constitucional no momento da ratificação daqueles tratados.

Em muitos pontos que se verão a seguir, a lei penal brasileira é inconstitucional por omissão. O único assunto em que ela ampliou a proteção, para incrementá-la, parece ter sido aquele em que a Lei 9.455/97 excluiu a natureza do agente do conceito de tortura, para incriminar também os atos dos particulares. Curioso é que, mesmo neste ponto, parte da doutrina sustenta a restrição do conceito de tortura aos atos praticados por agentes públicos. O paradoxo é que o faz a pretexto de proteger direitos fundamentais.

2.3.2.1 – a definição jurídico-penal de tortura dada pelo Congresso Nacional

A Lei 9.455/97 define a tortura pelo seu objeto material, pelo meio de execução, pela finalidade e pela motivação do autor. Diferenciando-se das convenções internacionais da ONU e da OEA, ela não utiliza a natureza do agente como critério de distinção. A mesma opção, de incriminar a tortura independentemente da natureza do agente, foi feita pelo Estatuto de Roma, que no artigo 7º, § 2º, e, definiu o delito de tortura da competência do Tribunal Penal Internacional.

Para a lei brasileira, torturar é constranger pessoa, com emprego de violência física ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental. Seu emprego deve visar a (a) obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceiro; (b) provocar ação ou omissão criminosas; ser praticada (c) em razão de discriminação racial ou religiosa; ou para (d) aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Por fim, e no que diz respeito a pessoas presas ou submetidas a medidas de segurança, o artigo 1º, § 1º dispensa a finalidade e define a tortura como a submissão do indivíduo – preso ou sujeito à medida de segurança – a sofrimento agudo por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

Considerando o tempo que o Congresso Nacional levou para aprovar a Lei da Tortura, era de se esperar que a definição fosse mais abrangente, especialmente porque as Convenções Internacionais da ONU e da OEA fixam parâmetros bem definidos para a incriminação dos tormentos nos Direitos nacionais, parâmetros com os quais o Brasil se comprometeu ao ratificá-las⁷².

Além disso, a prática da tortura, bem como as formas de infligi-la são conhecidas em praticamente todas as culturas. Não há segredo sobre ela, a literatura é farta e a experiência, abundante e secular, inclusive no Brasil. Não

⁷² Sabe-se que, apesar do tempo decorrido entre a Constituição e a Lei 9.455, o Congresso Nacional aprovou esta última de afogadilho. Fê-lo para dar uma resposta ao episódio ocorrido na Favela Naval, na região metropolitana de São Paulo, em que policiais militares foram filmados torturando pessoas em plena via pública. Uma pessoa foi assassinada após uma das sessões de suplícios e o Parlamento brasileiro, que nada havia feito ao longo de todos aqueles anos, procurou dar uma resposta imediata à sociedade. O resultado da irresponsabilidade são as incongruências e os defeitos da Lei 9.455.

deveria haver dificuldade para o legislador brasileiro no momento de definir a conduta, os meios de execução, as suas finalidades e as suas motivações.

Mas o tipo penal se omitiu sobre as outras formas de discriminação – como, p.ex., o preconceito social –, como também nada disse sobre as finalidades de coação e de intimidação que não visem a provocar ação ou omissão criminosas. Por exemplo, nada disse sobre a tortura empregada sobre uma pessoa para intimidá-la e coagi-la a não comparecer ao tribunal para depor. A tipicidade desses comportamentos dependerá das peculiaridades do caso concreto, pois com alguma sorte poderão ser incluídos no inciso II (medidas de caráter preventivo) ou no § 1º.

Vale lembrar, entretanto, que os conceitos das Convenções da ONU e da OEA integram o Direito brasileiro na condição de norma jurídica constitucional⁷³. Como tais, não há óbice algum a que sejam utilizados para suprir eventual omissão da legislação infraconstitucional no que diz respeito à descrição do crime de tortura⁷⁴.

Como não utiliza a natureza do agente como critério de definição da tortura, a Lei 9.455/97 fornece um conceito mais amplo do que os tratados internacionais. De fato, o Direito brasileiro também sanciona como tortura os suplícios infligidos por particulares. E o faz com boas razões.

⁷³ Para a natureza constitucional das normas dos tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, confira-se Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, cit., pp. 82-103.

⁷⁴ Confira-se o que se disse acima sobre os efeitos da incorporação dos tratados ao Direito brasileiro e sobre a integração do Direito interno pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, em que se fez remissão a dois julgamentos paradigmáticos do Supremo Tribunal Federal.

São recorrentes os registros de emprego de tortura por particulares para o fim de obter confissões de dívidas, como também são conhecidos os castigos aplicados a menores, a idosos, às mulheres ou a incapazes no contexto da violência doméstica.

Há registros também – aliás, cada vez mais fartos – de torturas aplicadas por quadrilhas ou por organizações criminosas com o intuito de castigar (tiros nos pés, nas mãos, fraturas de membros, surras etc.), de coagir ou de intimidar alguém a não prestar depoimento ou não fazer confissão (*omertà*), de coagir alguém a cometer crimes em proveito da organização (homicídios, seqüestros, assaltos, feitos para quitar dívidas para com a organização ou como forma de reparar o descumprimento de alguma determinação do comando criminoso etc.).

FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO lembra que a tortura tem sido utilizada, historicamente, por agentes do Estado contra dissidentes políticos, grupos rebeldes ou mesmo contra a criminalidade comum. No entanto, adverte o autor, isso “não é da essência da tortura, nem explica a sua natureza”⁷⁵.

Se o importante é combater uma prática que ultraja a dignidade humana, que nega os princípios humanitários da comunidade internacional e que anula a identidade do indivíduo como tal, é irrelevante, do ponto de vista da tipicidade, que ela seja cometida por agente do Estado ou por particular. Claro

que, praticado pelo agente da Segurança Pública, o crime cresce em gravidade, porquanto seja cometido por quem tinha o dever de proteger o indivíduo e de assegurar-lhe a integridade dos direitos fundamentais.

Logo, andou bem o Direito brasileiro ao incriminar a conduta dos particulares e ao considerar a condição do agente do Estado como causa de aumento de pena (art. 1º, § 4º, I). Nessas hipóteses, a perda do cargo, do emprego ou da função pública, bem como a interdição para o seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada foram estabelecidas como efeito automático da sentença penal condenatória (art. 1º, § 5º).

Neste particular, o conflito entre a legislação penal brasileira e os tratados da ONU e da OEA contra a tortura há de ser resolvido em favor do Direito brasileiro. A questão se insere no contexto dos efeitos da incorporação dos tratados internacionais de Direitos Humanos ao Direito brasileiro.

Justamente por ampliar o conceito do crime de tortura e, conseqüentemente, por tornar mais abrangente a proteção da vida e da integridade física e psíquica do indivíduo contra os suplícios, o Direito Penal brasileiro há de prevalecer neste aspecto particular. A solução atende ao princípio de Direito Internacional, segundo o qual, no conflito entre normas jurídicas protetoras de direitos fundamentais, deve prevalecer aquela que seja mais favorável à vítima.

⁷⁵ Francisco de Assis Toledo. "Sobre o crime de tortura na recente Lei 9.455/97". *Justiça Penal* 5: tortura, 84

A peculiaridade dos direitos fundamentais exige que o conflito aparente de normas se resolva por critério diverso daqueles que tradicionalmente são utilizados na Teoria Geral do Direito. Parece evidente que o recurso ao critério “lei posterior revoga lei anterior” ou da “lei superior revoga a inferior” seria insatisfatório para solucionar o problema.

A primazia que a pessoa humana assume no sistema jurídico evidencia como a discussão entre monistas e dualistas é inadequada à teoria dos direitos fundamentais. Se o que importa é a proteção do ser humano, o critério da norma mais favorável à vítima é o mais adequado à consecução de tal finalidade. E é irrelevante que essa proteção advenha de uma norma de Direito internacional ou de Direito interno. A interpretação das normas de proteção dos direitos fundamentais deve ser feita, sempre, visando a fortalecer a proteção.

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE adverte que:

“Não mais há pretensão de primazia de um ou outro, como na polêmica clássica e superada entre monistas e dualistas. No presente domínio de proteção, a primazia é da norma mais favorável às vítimas, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno. Este e aquele aqui interagem em benefício dos seres protegidos.”⁷⁶

No âmbito das Américas, o princípio está positivado no artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que estabelece normas de interpretação para o tratado:

crime militar, habeas corpus. Jaques de Camargo Penteadó (coord.). São Paulo: RT, 1997, p. 13.

“Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: (...); b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados; (...).”⁷⁷

FLÁVIA PIOVESAN, ao comentar um possível conflito entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito interno, sustenta a aplicação do critério da norma mais favorável à vítima como uma solução diferenciada, peculiar ao conflito entre normas que envolvem a proteção de direitos fundamentais⁷⁸.

E acrescenta⁷⁹:

“O critério ou princípio da aplicação do dispositivo mais favorável às vítimas é não apenas consagrado pelos próprios tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, mas também encontra apoio na prática ou jurisprudência dos órgãos de supervisão internacionais. Isto é, no plano de proteção dos direitos humanos interagem o Direito internacional e o Direito interno, movidos pelas mesmas necessidades de proteção, prevalecendo as normas que melhor protejam o ser humano, tendo em vista que a primazia é da pessoa humana. Os direitos internacionais constantes dos tratados de direitos humanos apenas vêm a aprimorar, nunca a restringir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo constitucional.”

Na jurisprudência internacional, o critério da primazia da norma mais favorável à vítima foi expressamente reconhecido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos por ocasião da Opinião Consultiva OC-5/85, emitida em 13 de novembro de 1985 a pedido do Governo da Costa Rica.

⁷⁶ Antônio Augusto Cançado Trindade. *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no Direito brasileiro*, cit., p. 231.

⁷⁷ No sistema global de proteção, o princípio da primazia da norma mais favorável à vítima está consagrado em diversos tratados internacionais: Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, art. 5º, § 2º; Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, art. 23; Convenção sobre os Direitos da Criança, art. 41. No sistema europeu, o destaque há de ser dado ao artigo 17, § 1º, da Convenção Europeia para a Prevenção da Tortura e Tratamento ou Punição Desumano ou Degradante.

⁷⁸ Flávia Piovesan. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1998, p. 42.

No caso concreto, o Governo costarrriquenho solicitou à Corte Interamericana, com fundamento no artigo 64, § 1º, da Convenção Americana de Direitos Humanos, um parecer sobre a interpretação do significado e do alcance dos artigos 13 e 29 da Convenção, o primeiro a assegurar a liberdade de pensamento e de expressão, e o segundo a fixar normas para a interpretação do tratado, e a sua compatibilidade com a Lei nº 4.420, de 22 de setembro de 1969, que criou a Lei Orgânica da Associação de Jornalistas da Costa Rica e estabeleceu a associação obrigatória dos jornalistas como requisito para o exercício da profissão.

Questionada sobre o aparente conflito entre os significados que o artigo 13 da Convenção Americana e o artigo 10 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e as Liberdades Fundamentais atribuem à liberdade de pensamento e de expressão e às suas respectivas restrições, porquanto a Convenção Americana imponha menos restrições ao exercício do direito, a Corte Interamericana definiu a questão nos seguintes termos⁸⁰:

“51. A propósito de la comparación entre la Convención Americana y los otros tratados mencionados, la Corte no puede eludir un comentario acerca de un criterio de interpretación sugerido por Costa Rica en la audiencia del 8 de noviembre de 1985. Según ese planteamiento en la hipótesis de que un derecho recogido en la Convención Americana fuera regulado de modo más restrictivo en otro instrumento internacional referente a los derechos humanos, la interpretación de la Convención Americana debería hacerse tomando en cuenta esas mayores limitaciones porque:

⁷⁹ Flávia Piovesan. *Temas de Direitos Humanos*, cit., p. 43.

⁸⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OPINIÓN CONSULTIVA OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, LA COLEGIACIÓN OBLIGATORIA DE PERIODISTAS (ARTS. 13 Y 29 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS), SOLICITADA POR EL GOBIERNO DE COSTA RICA, ítems 51 e 52.

De lo contrario tendríamos que aceptar que lo que es lícito y permisible en el ámbito universal, constituiría una violación en el continente americano, lo que parece evidentemente una afirmación errónea. Más bien pensamos que en cuanto a interpretación de tratados, puede sentarse el criterio de que las reglas de un tratado o convención deben interpretarse en relación con las disposiciones que aparezcan en otros tratados que versen sobre la misma materia. También puede definirse el criterio de que las normas de un tratado regional, deben interpretarse a la luz de la doctrina y disposiciones de los instrumentos de carácter universal. (Subrayado del texto original).

En verdad, frecuentemente es útil, como acaba de hacerlo la Corte, comparar la Convención Americana con lo dispuesto en otros instrumentos internacionales como medio para poner de relieve aspectos particulares de la regulación de un determinado derecho, pero tal método no podría emplearse nunca para incorporar a la Convención criterios restrictivos que no se desprendan directamente de su texto, por más que estén presentes en cualquier otro tratado internacional.

52. La anterior conclusión se deduce claramente del artículo 29 de la Convención, que contiene las normas de interpretación, cuyo literal b) indica que ninguna disposición de la Convención, puede ser interpretada en el sentido de:

limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.

En consecuencia, **si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana.** Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce.” (grifos meus)

Nem se alegue, portanto, que a definição da Lei 9.455/97 ofende a Convenção da ONU ou da OEA e que, por esse motivo, seria inconstitucional ao incriminar a tortura cometida por particulares. O próprio Direito Internacional dos Direitos Humanos resolve o problema em favor do Direito brasileiro, já que ele amplia a proteção do direito a não ser torturado, tornando-o mais efetivo.

A comunidade internacional demonstrou haver-se convencido do acerto desta ampliação, tanto que a reconheceu no já mencionado artigo 7º, § 2º, e, do Estatuto de Roma, que é o tratado internacional mais recente a tratar do delito de tortura⁸¹.

2.3.2.2 – as penas da Lei 9.455/97

A Lei 9.455/97 sanciona os atos de tortura com penas variáveis. Para as condutas incriminadas no artigo 1º, I e II, e § 1º, as penas oscilam entre 2 e 8 anos de reclusão. Para o agente omissor, conduta prevista no artigo 1º, § 2º, as penas variam de 1 a 4 anos de detenção. As penas são de 4 a 10 de reclusão se da tortura resultar lesões corporais graves ou gravíssimas, e de 8 a 16 anos se ocorrer o resultado morte (art. 1º, § 3º). Há ainda a causa de aumento de um sexto a um terço nas hipóteses do artigo 1º, § 4º.

Tratando-se de agente público, a condenação por qualquer das condutas típicas acarretará a perda do cargo, emprego ou função e a interdição para o seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada como efeitos obrigatórios e automáticos da sentença (art. 1º, § 5º).

Por fim, a lei estabeleceu que o condenado iniciará o cumprimento da pena em regime fechado, salvo na hipótese do crime omissivo (art. 1º, § 7º).

⁸¹ Diz o artigo 7º, § 2º, e, do Estatuto de Roma: “por ‘tortura’ entende-se infligir intencionalmente dores ou sofrimentos graves, físicos ou mentais, a um indivíduo que o acusado tenha sob sua custódia ou controle;

O artigo 4º, § 1º, da Convenção da ONU contra a Tortura cria para todos os Estados-partes a obrigação de incriminar os atos de tortura no Direito Penal interno. Impõe-lhes o dever de incriminar a tentativa, bem como a conduta de todos aqueles que, de qualquer forma, concorrem para a inflição dos suplícios.

O § 2º do mesmo artigo estabelece aos Estados-partes o dever de sancionar o delito com penas proporcionais à especial gravidade do crime.

A Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura é ainda mais explícita. O artigo 6º, que trata do dever de incriminar os atos de tortura no Direito Penal interno, mais precisamente o § 2º, parte final, impõe a todos os Estados-partes o dever de cominar penas severas ao crime de tortura, que levem em conta a sua gravidade.

Ambas as Convenções internacionais explicitam, para o tema específico da tortura, o princípio geral do Direito Internacional dos Direitos Humanos, segundo o qual a reparação específica da violação por meio da apuração do crime e da punição efetiva dos seus responsáveis é direito das vítimas e dever do Estado, e constitui expressão do devido processo legal. Como foi visto no Capítulo I, este princípio é extraído, no âmbito do sistema americano, dos artigos 8º e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos e é amplamente reconhecido pela Comissão e pela Corte Interamericanas de Direitos Humanos.

As Convenções da ONU e da OEA contra a tortura traduzem esse princípio geral em uma norma jurídica explícita. Reconhecem a especial gravidade do crime de tortura e exigem dos Estados-partes um tratamento jurídico-penal adequado e proporcional a essa condição, *i.e.*, impõem aos Estados integrantes do tratado o dever de sancionar o crime de tortura com penas que levem em consideração a natureza dos atos de tortura como crime contra a humanidade.

Ao exigí-lo, as Convenções em questão esperam dos Estados-partes que, além de incriminarem os atos de tortura no Direito Penal interno, de criarem um sistema eficaz de recebimento de queixas e de estruturarem as suas Polícias, o seu Poder Judiciário e o seu Ministério Público para investigar, processar e punir com eficiência os responsáveis pelo crime, eles o façam com penas diferenciadas, que sejam mais severas do que aquelas cominadas aos crimes comuns.

As Convenções adotam, explicitamente, uma concepção do Direito Penal que privilegia a função preventiva da pena. O artigo 2º, § 1º, da Convenção da ONU contra a Tortura estabelece aos Estados-partes o dever de adotar todas as medidas necessárias, de caráter legislativo, administrativo, judicial etc., para impedir a prática da tortura no território nacional. O artigo 6º, § 1º, da Convenção da OEA traz a mesma determinação, estabelecendo que “os *Estados-partes*

tomarão medidas efetivas a fim de prevenir e punir a tortura no âmbito de sua jurisdição”.

Não há dúvida de que a punição judicial, severa e adequada à gravidade do crime, inclui-se entre essas medidas de caráter preventivo. O objetivo declarado do sistema internacional de proteção dos direitos humanos é o de impedir a prática da tortura. Vale lembrar que o sistema global de proteção possui o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura, adotado em Nova York em 18 de dezembro de 2002, na 57ª Sessão da Assembléia Geral da ONU (Resolução 57/199, de 9.1.2003), o qual estabelece um sistema de visitas regulares a estabelecimentos de detenção, com o objetivo específico de prevenir a tortura.

Mesmo quando o crime ocorre, a sua punição visa a garantir a expectativa normativa de que o direito a não ser torturado continua em vigor e há de ser respeitado, objetivando, com isso, desestimular o criminoso e impedir a repetição do ilícito.

A prevenção das violações de direitos humanos constitui, de resto, um princípio geral do sistema internacional de proteção. É o que se extrai do artigo 1º, § 1º, da Convenção Americana de Direitos Humanos, já comentado no Capítulo I.

Ao analisar as penas cominadas pela Lei 9.455/97 e compará-las com as normas jurídicas contidas nas Convenções internacionais, a conclusão a

que se chega é a de que a legislação penal brasileira não sanciona os atos de tortura com o rigor exigido pelo Direito internacional. Exigência de rigor que, nunca é demais lembrar, integra o Direito Constitucional brasileiro, por força do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal. O mesmo artigo 5º da Constituição Federal, no inciso XLIII, exige punição rigorosa e diferenciada ao delito de tortura, precisamente por equipará-lo aos crimes hediondos.

Ocorre que as penas da Lei 9.455/97 não são diferenciadas nem tampouco rigorosas. Não há motivo algum para dizer que elas sejam adequadas à especial gravidade do crime de tortura, que o Direito internacional considera como crime contra a humanidade.

Para se ter como correta tal afirmação, basta estabelecer uma comparação com as penas previstas pelo Código Penal para alguns crimes comuns.

O crime omissivo do artigo 1º, § 2º, possui pena mais branda que aquelas cominadas ao furto simples e ao aborto com o consentimento da gestante, cujos agentes são apenados com reclusão (CP 155 *caput*, CP 126). Ainda a título de exemplo, a lei penal brasileira pune mais severamente quem emite cheque sem provisão de fundos do que aquele superior hierárquico que se omite diante das torturas infligidas por seus subordinados.

A tortura, na modalidade omissiva, é sancionada pela Lei 9.455/97 com o mesmo rigor que o Código Penal pune o particular que divulga um segredo (CP 153 § 1º-A).

Em relação aos delitos de tortura na modalidade comissiva, a Lei 9.455/97 não cumpriu a determinação constitucional de cominar penas diferenciadas e adequadas à gravidade de um crime contra a humanidade, que a grande maioria dos sistemas políticos se obrigou a punir com rigor.

As penas de 2 a 8 anos são inferiores àquelas que o Código Penal prevê para o roubo simples ou para a extorsão simples. Dito de modo mais direto, para a lei penal brasileira é mais grave roubar uma bolsa com alguns reais do que submeter alguém a uma sessão de tortura. Para essa lei penal, a tortura se equipararia em gravidade ao roubo daquela bolsa se o torturador, por exemplo, tornasse a vítima paraplégica. Mas se o agente subtraísse a bolsa com o uso de um canivete, a lei penal brasileira o puniria com maior rigor do que o faria com o torturador que amputasse um membro à vítima.

Pode-se citar outro exemplo da benevolência da Lei 9.455/97: o agente que mata a vítima por uma disputa de bar, um motivo fútil como tantos que se vêem no cotidiano forense, é punido com mais rigor do que o agente que leva a vítima à morte em razão de uma bárbara sessão de tortura.

Outro ponto em que a Lei 9.455/97 se distancia da legislação internacional e constitucional é aquele referente ao regime prisional. O problema

se coloca pelo fato de a Lei 9.455/97 haver submetido os responsáveis pela tortura ao mesmo regime de cumprimento de pena dos condenados por crimes comuns, inclusive aos mesmos requisitos objetivos e subjetivos para a progressão de regime e para a sua regressão.

Não havia razão político-jurídica para excepcionar a Lei 8.072/90. A Lei dos Crimes Hediondos cumpria a determinação constitucional de tratar de maneira diversa e mais rigorosa aqueles crimes mencionados no artigo 5º, XLIII, da Constituição. Não se pode confundir a individualização da pena com a proibição de estabelecer um regime diferenciado para crimes especialmente graves.

Mesmo prevendo a progressão de regime para o condenado por crime de tortura (art. 1º, § 7º), era imprescindível que a Lei 9.455/97 fixasse critérios diferenciados, que fossem mais rígidos e, de resto, adequados à exigência da lei internacional de punição efetiva do responsável pela tortura.

Em resposta ao recente julgado do Supremo Tribunal Federal, em que se declarou, em controle difuso de constitucionalidade, a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, para admitir, no julgamento de um caso concreto, a progressão de regime a condenado por crime hediondo⁸²⁻⁸³, o sistema político reagiu com a apresentação de projetos de lei e de

⁸² “Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, deferiu pedido de habeas corpus e declarou, incidenter tantum, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, que veda a possibilidade de progressão do regime de cumprimento da pena nos crimes hediondos definidos no art. 1º do mesmo diploma legal - v. Informativos 315, 334 e 372. Inicialmente, o Tribunal resolveu restringir a análise da matéria à progressão de regime, tendo em conta o pedido formulado. Quanto a esse ponto, entendeu-se que a vedação de progressão de regime prevista na norma impugnada afronta o direito à individualização da pena (CF, art.

duas propostas de emenda à Constituição alterando a disciplina dos crimes hediondos e dos que lhes são assemelhados.

Os projetos de lei ordinária seguem a linha recentemente adotada pelo Supremo Tribunal Federal, *i.e.*, visam a criar a possibilidade de progressão de regime para os condenados por crimes hediondos e assemelhados, porém tencionam aumentar a quantidade de pena a cumprir para que o preso possa requerer o benefício⁸⁴.

Já as propostas de emenda à Constituição visam a alterar o inciso XLIII do artigo 5º da Constituição da República, a fim de deixar expressa a vedação de progressão de regime aos condenados por tortura, tráfico de drogas, terrorismo e crimes hediondos⁸⁵.

5º, LXVI), já que, ao não permitir que se considerem as particularidades de cada pessoa, a sua capacidade de reintegração social e os esforços aplicados com vistas à ressocialização, acaba tornando inócua a garantia constitucional. Ressaltou-se, também, que o dispositivo impugnado apresenta incoerência, porquanto impede a progressividade, mas admite o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena (Lei nº 8.072/90, art. 5º). Considerou-se, ademais, ter havido derrogação tácita do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 pela Lei nº 9.455/97, que dispõe sobre os crimes de tortura, haja vista ser norma mais benéfica, já que permite, pelo § 7º do seu art. 1º, a progressividade do regime de cumprimento da pena. Vencidos os Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim, que indeferiam a ordem, mantendo a orientação até então fixada pela Corte no sentido da constitucionalidade da norma atacada. O Tribunal, por unanimidade, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará consequências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, já que a decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão.” Informativo STF nº 417, de 8 de março de 2006.

⁸³ É preciso que se diga que a recente decisão do Supremo Tribunal Federal está longe de um consenso. Até porque, como se ressaltou, a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal mencionado ocorreu em controle difuso de constitucionalidade, portanto sem vinculação *erga omnes*, e por apertada maioria. Em outras palavras, o § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90 continua em vigor, até que lei posterior o modifique.

⁸⁴ Trata-se do PL 6.793, de 9 de março de 2006, apresentado pelo Poder Executivo à Câmara dos Deputados, do PL do Senado Federal nº 59, de 14 de março de 2006, de autoria do senador Magno Malta, da PEC nº 521/06, de autoria do deputado Ciro Nogueira, e da PEC 525/06, de autoria do deputado Luiz Antônio Fleury.

⁸⁵ Trata-se da PEC nº 521/06, de autoria do deputado Ciro Nogueira, e da PEC 525/06, de autoria do deputado Luiz Antônio Fleury.

Tal como está, o Brasil descumpre as obrigações assumidas perante a comunidade internacional e os deveres que, desde a ratificação das Convenções, integram o seu Direito Constitucional. O agente condenado a 2 anos por tortura cumpriria, verdadeiramente, tão somente 4 meses de pena. O restante seria executado nos regimes semi-aberto e aberto, sendo que neste último o agente permaneceria por, no mínimo, 1 ano e 4 meses. Na prática, é o mesmo que ficar impune.

Recentemente, a Câmara dos Deputados aprovou com emendas o Projeto de Lei nº 6.793/06, de iniciativa do Poder Executivo, e o enviou ao Senado Federal, que o aprovou sem ressalvas e o encaminhou ao Executivo para sanção no dia 15 de março de 2007⁸⁶.

No que diz respeito ao crime de tortura, para o qual a Lei 9.455/97 já admitia a progressão de regime, a sanção do projeto de lei alterará apenas os percentuais de pena a cumprir para se obter a progressão. Pela lei nova, os condenados por crimes de tortura deverão cumprir 2/5 se forem primários ou 3/5 se forem reincidentes, para então pedirem a progressão ao regime mais brando.

É inegável que a nova legislação atenderá à determinação de dar tratamento diferenciado aos crimes hediondos e àqueles a eles equiparados, entre os quais se encontra o delito de tortura. O percentual de 1/6 do artigo 112

⁸⁶ Até o dia 20 de março de 2007, data do fechamento da redação desta dissertação, a Presidência da República não se havia manifestado a respeito, muito embora ainda esteja dentro do prazo do artigo 66, § 3º,

da Lei de Execução Penal, que continuará em vigor para os crimes comuns, não mais se aplicará aos condenados por crime de tortura, cuja progressão de regime passará a se sujeitar a limites específicos.

A questão que será suscitada com a promulgação da lei nova será de direito intertemporal: os novos limites de 2/5 e 3/5 aplicar-se-ão imediatamente, vinculando quem já cumpria pena por crime de tortura, ou para eles continuará a valer o artigo 112 da Lei de Execução Penal?

Se a aplicação imediata da nova lei para os já condenados por crimes hediondos é evidente, posto que ela seja mais benéfica que a disciplina anterior de proibição da progressão⁸⁷, haverá dúvidas no que diz respeito aos já condenados por tortura. O motivo é que o artigo 1º, § 7º, da Lei 9.455/97 já previa a progressão, excepcionando a regra do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90.

A questão a ser dirimida será a de saber se os percentuais necessários para a progressão de regime são regras de Direito Penal ou de Direito Processual da Execução Penal.

Esse não é, contudo, o objeto do trabalho. Para os fins da pesquisa, o que importa é ressaltar que a nova lei cumprirá a determinação dos tratados internacionais e da Constituição Federal de dar tratamento mais rigoroso ao crime

da Constituição Federal. De qualquer modo, não se conhecem razões políticas para que a Presidência não o sancione integralmente.

⁸⁷ Vale lembrar que o julgado do Supremo Tribunal Federal foi proferido em controle difuso de constitucionalidade e não revogou o artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90.

de tortura e que essa norma será, em comparação com a sistemática até então em vigor, aquela que melhor protegerá as vítimas.

Não obstante, arrisca-se dizer que, se não há dúvida de que o regime progressivo de cumprimento da pena é regra de Direito Penal, as normas segundo as quais a progressão será viável com 1/6 da pena ou com 2/5 ou 3/5, parecem tratar-se de normas de Direito Processual, precisamente por dizerem respeito aos prazos necessários para se pleitear um benefício na fase de execução penal.

Ao iniciar o cumprimento da pena, o preso não adquire o direito a um determinado regime de execução penal. Não tem direito adquirido, por exemplo, a utilizar telefone celular, receber visitas íntimas nem de ser agraciado com saídas temporárias num determinado número de vezes por ano após ter cumprido certo percentual da pena. Também não tem direito à progressão, mas apenas uma expectativa de que, condenado a cumprir uma pena em regime progressivo, possa pleitear o benefício após o decurso de um determinado prazo⁸⁸.

Por exemplo, se houvesse mudança no artigo 123 da Lei de Execução Penal, para alterar o prazo necessário para se pleitear a saída temporária, passando do atual 1/6 para 2/5, essa regra certamente teria aplicação imediata e os presos teriam de cumprir o novo limite para pedirem a autorização

⁸⁸ É possível, e não é raro que isso ocorra, que um preso condenado a cumprir pena em regime progressivo jamais obtenha a progressão e cumpra a pena integralmente em regime fechado, por exemplo por falta de mérito. É a prova de que o preso não tem direito à progressão quando inicia o cumprimento da pena, mas tão-somente a um regime progressivo de pena, em que ele poderá pedir a concessão do benefício e demonstrar o preenchimento dos requisitos legais.

de saída. O mesmo ocorreria se a hipotética mudança ocorresse no artigo 124, para dizer que as saídas não seriam mais em número de cinco ao ano, mas sim de três.

Os requisitos para a obtenção dos benefícios são analisados ao tempo da formulação do pedido. Ao ser condenado e ao iniciar o cumprimento da pena, o preso tem apenas expectativas de direito, de poder requerer os benefícios no momento oportuno e de obtê-los segundo as condições daquele momento.

Os percentuais de 1/6, 2/5 e 3/5, que deverão estar vigentes na legislação brasileira, referem-se a prazos processuais. Ao cumpri-los, o preso não obtém direito à progressão, ele tão-somente ganha o direito de requerê-la ao juiz competente. Para obtê-la, ele deverá comprovar outros requisitos, como o mérito e, em alguns casos, haverá de submeter-se a exame.

Em suma, o cumprimento de pena em regime progressivo é regra de Direito Penal, por dizer respeito à própria pena, porém as normas sobre os prazos para se requerer benefícios ao longo do processo de execução são de Direito Processual e possuem aplicação imediata.

Não é por outro motivo que as sentenças condenatórias cuidam de esclarecer a forma como a pena será cumprida – se integralmente no regime fechado ou em forma progressiva – e, neste último caso, de fixar o regime prisional inicial. Mas não contêm linha sequer a respeito dos prazos a cumprir para se pleitear algo na fase da execução.

Por fim, no conflito aparente entre a norma do artigo 112 da Lei de Execução Penal e a nova regra, haverá de prevalecer a última, por ser a que mais favorecerá a proteção das vítimas da tortura, lembrando que, em matéria de direitos humanos, é esse o princípio estabelecido pelos tratados internacionais para a solução do conflito aparente de normas (Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 29)⁸⁹.

Retomando o argumento central da dissertação, conclui-se que a distorção no tratamento jurídico-penal da tortura pelo Direito Penal brasileiro está na Lei 9.455/97, cujas penas são excessivamente brandas. O Congresso Nacional ignorou a Constituição Federal e as Convenções internacionais, que claramente exigem tratamento jurídico-penal severo e diferenciado para os atos de tortura.

A legislação internacional oferece parâmetros objetivos para se aferir o que há de ser entendido como penas severas e adequadas à gravidade do crime.

Os crimes de tortura da competência do Tribunal Penal Internacional podem ser sancionados com penas que podem chegar a 30 anos de reclusão ou até mesmo à prisão perpétua, *“quando justificada pela extrema gravidade do crime e pelas circunstâncias pessoais do condenado”* (Estatuto de Roma, art. 77, § 1º, b).

O Código Penal francês pune a tortura em diversos graus, segundo as características do delito. No caso de tortura praticada por motivos políticos, filosóficos, raciais ou religiosos, ou então cometida em execução de um plano dirigido a um grupo da população civil, *i.e.*, com características que a aproximam muito dos delitos da competência do Tribunal Penal Internacional, a legislação penal francesa lhe comina pena de prisão perpétua (art. 212-1).

Para os demais casos de tortura, o Código Penal francês comina penas que vão de 15 anos de reclusão à prisão perpétua (arts. 222-1 a 222-6).

Quanto ao regime de cumprimento de pena, o Código Penal francês estabelece que a duração mínima do período de reclusão será equivalente à metade da pena, quando a condenação for igual ou superior a 10 anos, ou a 18 anos, quando se tratar de prisão perpétua. Essas frações podem ser aumentadas por decisão judicial para dois terços e 25 anos, respectivamente.

A legislação penal argentina também incrimina o delito de tortura e comina penas bastante severas – porém adequadas à gravidade do crime – aos responsáveis. Conforme as circunstâncias do delito, a pena pode variar de 8 anos de reclusão à prisão perpétua, aplicável aos casos em que se verifica o resultado morte. Além da prisão, há a cominação da pena de interdição do funcionário público para o exercício de cargos públicos ou para a posse ou o porte de arma de fogo. Essa inabilitação pode ser perpétua (Código Penal argentino, art. 144).

⁸⁹ Cfr. item 2.3.2.1 deste trabalho, inclusive com menção à jurisprudência internacional a respeito do critério

Ao funcionário público que, podendo evitar o delito, omitir-se, a lei argentina comina penas de 3 a 10 anos de reclusão, além da pena de inabilitação perpétua para o exercício de cargos públicos e para a posse ou o porte de arma de fogo (Código Penal argentino, art. 144).

Tratamentos, como se vê, bastante diferentes daquele dispensado pela legislação penal brasileira aos torturadores.

Para a lei penal brasileira, por mais grave e bárbaro que tenha sido o crime ou por piores que sejam as circunstâncias pessoais do agente, a punição mais severa não passará de 22 anos, sem falar na possibilidade de progressão para o regime semi-aberto em pouco mais de 3 anos e meio.

Mas quando se fala da quantidade ou da qualidade das penas previstas pela Lei 9.455/97, uma das suas maiores e mais graves falhas pode ser identificada no já mencionado artigo 1º, § 2º. O Congresso Nacional cumpriu a determinação da Constituição Federal e dos tratados internacionais sobre a tortura e incriminou a conduta daquele que se omite quando tinha o dever de evitar o crime ou de apurá-lo.

Ocorre que a lei sancionou esse comportamento com penas diferenciadas, mas para beneficiar o torturador. Cominou a sanção de 1 a 4 anos de detenção, bem mais leve do que aquela aplicável aos executores e partícipes

dos delitos comissivos: 2 a 8 anos de reclusão, podendo chegar a 16 anos se houver o resultado morte.

A diferença de tratamento seria lógica se não fosse a história da tortura. Poderia parecer, em um primeiro momento, que a conduta de quem executa o delito ou de quem para ele concorre praticando uma ação é mais grave que o comportamento daquele que apenas se omite. No entanto, tratando-se de tortura, especificamente de tortura praticada por agentes do Estado, a História demonstra que a execução dos suplícios só é possível, na maioria dos casos, quando o superior hierárquico do agente é conivente. Em outras palavras, as torturas de presos políticos nos porões do Estado Novo e do Regime de 1964, e de presos comuns nas Delegacias de Polícias ocorreram – e ocorrem – porque algum funcionário de hierarquia superior à do torturador criou ou preservou a estrutura que tornou e que torna possíveis os tormentos⁹⁰.

A omissão da autoridade hierarquicamente superior, estimulada pela conivência ou pela falta de comando, torna-se mais grave que a própria execução da tortura. Primeiro porque se trata de omissão do titular de um cargo com maiores responsabilidades para com o interesse público. Segundo porque é ela, em verdade, que torna possível a conduta do subalterno que executa o crime.

⁹⁰ No mesmo sentido do texto, Elio Gaspari, *As ilusões armadas: a ditadura escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, pp. 20-1. Gaspari sustenta a tese de que “É a tortura que faz o torturador”. Para ele, a aula prática sobre tortura, ocorrida na 1ª Companhia da Polícia do Exército, no Rio de Janeiro, no dia 8 de outubro de 1969, jamais seria ministrada se o tenente-professor temesse a reação dos seus comandantes. Ao mesmo tempo em que o regime negava a existência da tortura, ele a justificava em documentos reservados, recusava-se a investigá-la e a estimulava pela outorga de condecorações aos seus agentes.

Não é por outro motivo que o Estatuto de Roma, no artigo 28, prevê com rigor a responsabilidade penal dos comandantes e dos superiores hierárquicos pelos crimes cometidos por seus subordinados e sujeitos à jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

O Estatuto de Roma cuida de estabelecer a responsabilidade de comando para os superiores militares e para os superiores civis (Estatuto de Roma, art. 28). A descrição do artigo 28, § 1º, *b*⁹¹, é semelhante à do artigo 5º, XLIII, parte final⁹², da Constituição Federal brasileira e àquela do artigo 1º, § 2º, da Lei 9.455/97⁹³. As normas em questão estabelecem a responsabilidade penal daqueles que se omitiram na prevenção, repressão ou apuração de um crime, quando tinham o dever de fazê-lo. A norma do Tribunal Penal Internacional é específica para aquelas autoridades civis ou militares com responsabilidade de comando.

Importa ressaltar que o Estatuto de Roma e a Constituição Federal brasileira reconhecem que aqueles crimes poderiam ser impedidos sem a omissão de quem tinha o dever de agir.

O superior é punido pela incapacidade de controle dos seus subordinados ante o cometimento de atrocidades por estes. Certamente, o superior é responsável apenas nos casos em que detenha efetiva autoridade e controle – isto tem ares específicos no caso de superiores civis (art. 28 (2) (b)) – e apenas se tenha deixado de tomar as medidas

⁹¹ O artigo prevê a responsabilidade pelos crimes do artigo 5º do Estatuto de Roma do “comandante militar ou indivíduo que não tenha adotado todas as medidas necessárias e razoáveis no âmbito de sua competência para prevenir ou reprimir sua perpetração ou para levar o caso ao conhecimento das autoridades competentes para fins de investigação e persecução”.

⁹² A parte final do inciso impõe ao legislador ordinário que incrimine a conduta do mandante, do executor e daquele que, podendo evitar o crime de tortura, omitir-se.

necessárias e razoáveis; (...). De qualquer maneira, semelhante responsabilidade caracteriza-se – dentro de um nível objetivo – com a efetiva autoridade e controle do superior, cuja base legal (e legítima) autoriza seu dever de intervenção (*Garantenpflicht*) e, finalmente, implica na equivalência moral entre o fracasso da prevenção e a efetiva causação do dano.⁹⁴

A diferença fundamental entre a legislação internacional e a lei penal brasileira reside no fato de que o Estatuto de Roma estabeleceu que o superior hierárquico, ainda que seja responsável por se omitir, fica sujeito às mesmas sanções daqueles que cometeram o crime na modalidade comissiva.

A lei brasileira, no entanto, fez pouco caso da gravidade da omissão dos superiores hierárquicos no cumprimento do dever de impedir o crime ou de adotar as providências necessárias para que ele fosse investigado.

A benevolência da lei parece vir na medida certa para evitar a prisão dessas autoridades públicas coniventes com os crimes dos seus subordinados. Basta lembrar que o Código de Processo Penal veda, como regra, a decretação da prisão preventiva nos crimes apenados com detenção. Admite-a apenas se houver dúvida sobre a identidade do agente, ou se ele não fornecê-la ou não indicar os elementos para esclarecê-la (art. 313, I e II).

Além disso, a pena de detenção não pode começar a ser cumprida em regime fechado, mas em regime semi-aberto, havendo apenas possibilidade

⁹³ O parágrafo § 2º estabelece a responsabilidade penal pela tortura daquele “(...) que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las (...)”.

⁹⁴ Kai Ambos. “Os princípios gerais de Direito Penal no Estatuto de Roma. In: Fauzi Hassan Choukr; Kai Ambos (org.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: RT, 2000, p. 46.

de regressão para o regime mais severo no curso do processo de execução (CP 33 *caput*).

Para tornar ainda mais branda a punição do agente omissivo, a Lei 9.455/97 simplesmente a exclui da regra do artigo 1º, § 7º, que impõe o início da pena em regime fechado. Com isso, a lei que deveria estabelecer punições severas aos responsáveis pela tortura permite o início do cumprimento da pena em regime aberto, o que na prática implica, como é notório, a impunidade do agente.

Agiria de acordo com os princípios dos tratados internacionais contra a tortura o intérprete que concluísse que o regime inicial para os crimes omissivos só poderia ser o semi-aberto. Essa regra poderia ser extraída do princípio que determina a punição efetiva e severa para os atos de tortura. Guardaria, ainda, paralelo com o citado artigo 1º, § 7º, que impõe o regime mais rigoroso possível para o início do cumprimento da sanção penal. De qualquer modo, é inegável que a lei sequer foi coerente consigo mesma: poderia, ao menos, ter imposto o regime inicial semi-aberto, como impôs o fechado para os delitos comissivos. Isso evitaria dúvidas e discussões benéficas apenas para a impunidade.

2.3.2.3 – o princípio da jurisdição universal

Já foi visto no Capítulo I que a norma jurídica internacional que obriga os Estados a respeitar os direitos e a garantir o seu livre e pleno exercício

a toda pessoa sujeita à sua jurisdição é interpretada pela comunidade internacional como algo que vai muito além da mera proclamação de objetivos. Os organismos internacionais de monitoramento, como a Comissão e a Corte Interamericanas de Direitos Humanos, conferem à referida norma jurídica a maior eficácia possível, de modo que os Estados assumem, com a ratificação dos tratados de direitos humanos, um duplo dever: o de se abster de violar direitos fundamentais e o de agir para assegurar, de maneira efetiva, que tais direitos sejam livre e plenamente exercidos.

Esse dever de agir inclui, segundo os precedentes estabelecidos nos diversos julgamentos da Comissão Interamericana e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a obrigação de estabelecer um sistema adequado de recebimento de queixas, de investigar com eficiência, rapidez e independência as notícias de violações, de acusar os responsáveis pela tortura e de puni-los com efetividade e com o rigor adequado à gravidade do crime.

Como decorrência dessa obrigação, e coerentes com a natureza da tortura como crime internacional, os tratados internacionais da ONU e da OEA adotaram o princípio da jurisdição universal como um importante instrumento legal de combate à tortura e à impunidade dos seus autores.

A importância do princípio da jurisdição universal para a garantia dos direitos fundamentais ficou evidente no célebre Caso Pinochet, quando o general AUGUSTO PINOCHET UGARTE, já senador vitalício do Chile, foi preso em Londres a pedido do juiz espanhol BALTASAR GARZÓN, que emitira mandados

de prisão em desfavor de PINOCHET em processos por crimes de tortura, genocídio, terrorismo e homicídio cometidos no Chile contra cidadãos espanhóis, na época em que o general comandou o país⁹⁵.

Até aquele momento, a influência política do general PINOCHET impedira que a justiça chilena o responsabilizasse pelos crimes contra os direitos humanos cometidos no país no período de 11 de setembro de 1973 a 11 de março de 1990. Mesmo após deixar a Presidência, o general manteve para si o cargo de comandante-em-chefe do Exército e depois passou a senador vitalício, manobras que lhe asseguraram a manutenção de um grande poder político, inclusive sobre o Poder Judiciário chileno, que sempre ratificou a anistia que o general se havia autoconcedido⁹⁶.

A sua até então garantida impunidade começou a desmoronar graças ao princípio da jurisdição universal previsto nos tratados internacionais contra a tortura, princípio que serviu de fundamento legal para que o juiz espanhol aceitasse as denúncias contra PINOCHET e emitisse os mandados de prisão⁹⁷.

As Convenções da ONU e da OEA adotaram os mesmos critérios de jurisdição universal. Elas impõem aos Estados-partes, aí incluído o Brasil, o dever de adotar todas as medidas necessárias para exercer a sua jurisdição quando: (a)

⁹⁵ Ariel Dorfman. *O longo adeus a Pinochet*. Trad. de Rosa Freire d'Aguiar. São Paulo: Cia. das Letras, 2003, pp. 33-4.

⁹⁶ Em 2006, a Corte Interamericana de Direitos Humanos viria a condenar o Chile a revogar e a deixar de aplicar o Decreto-lei nº 2.191, de 18 de abril de 1978, que concedeu a anistia aos militares pelos crimes cometidos durante o Estado de Sítio que vigorou no país de 11 de setembro de 1973 a 10 de março de 1978. Confira-se o Capítulo I, item 1.3.1.

o crime houver sido cometido no território sujeito à jurisdição do Estado-parte, incluídas as embarcações, segundo a lei internacional; (b) o autor for nacional do Estado-parte; (c) a vítima for nacional do Estado-parte (ONU, art. 5º, § 1º; OEA, art. 12, § 1º); e (d) fora das hipóteses anteriores, o autor do crime se encontrar no território sob a jurisdição do Estado-parte e este Estado decidir não extraditá-lo (ONU, art. 5º, § 2º; OEA, art. 12, § 2º).

Em qualquer das hipóteses acima mencionadas, o Estado-parte tem o dever de proceder à detenção do autor ou de adotar outra medida igualmente eficaz para assegurar a sua presença ao Juízo competente para a ação penal ou para a extradição (ONU, art. 6º, § 1º; OEA, art. 14).

Na lei penal brasileira, o princípio da jurisdição universal está previsto no artigo 2º da Lei 9.455/97. A lei em questão, todavia, não o faz em absoluta conformidade com as Convenções da ONU e da OEA, pois não estabelece a jurisdição das autoridades brasileiras quando o crime for cometido por brasileiro fora do território nacional.

É verdade que a omissão da Lei 9.455/97 não impede totalmente o julgamento do brasileiro por crime de tortura cometido no exterior, já que o artigo 7º, II, *b*, do Código Penal sujeita o brasileiro à Jurisdição nacional por crime cometido no estrangeiro.

⁹⁷ Sobre os crimes atribuídos ao general PINOCHET e sobre a sua prisão na Inglaterra, leiam-se: Patrícia Verdugo. *A Caravana da Morte*. Trad. de Márcia Cavalcanti. Rio de Janeiro: Revan, 2001. Ariel Dorfman. *O longo adeus a Pinochet*. Trad. de Rosa Freire d'Aguiar. São Paulo: Cia. das Letras, 2003.

O prejuízo, no entanto, é inegável, porquanto o artigo 7º, § 2º, do Código Penal estabeleça condições para o princípio da extraterritorialidade inexistentes nos tratados internacionais. Assim, para que seja julgado no Brasil por crime de tortura cometido no exterior, o brasileiro deve ingressar no território nacional e o fato há-de ser típico também no país em que o delito foi praticado.

O problema, no entanto, pode ser solucionado recorrendo-se ao próprio tratado internacional. Como já se ressaltou neste trabalho, os tratados internacionais de direitos humanos são automaticamente incorporados ao sistema jurídico brasileiro com o ato de ratificação e de depósito do seu instrumento perante a autoridade internacional competente. A partir desse momento, as normas jurídicas criadas pelos tratados passam a integrar o Direito interno, complementando-o ou até mesmo revogando-o, quando for o caso.

A omissão do artigo 2º da Lei 9.455/97, naquilo que se refere à ausência de norma estabelecendo a jurisdição brasileira para os crimes de tortura cometidos por brasileiro fora do território nacional, pode ser suprida pelos tratados da ONU e da OEA, ambos incorporados ao Direito brasileiro, os quais possuem regras específicas, que autorizam o Estado brasileiro a exercer a sua jurisdição.

O recurso aos tratados, em complementação à Lei 9.455/97, é indispensável para que o Brasil cumpra as obrigações que assumiu perante a comunidade internacional, por meio dos tratados, e para com a própria sociedade brasileira, por meio da Constituição Federal.

É que o brasileiro que se encontre em território nacional e que haja cometido um delito de tortura no exterior não poderá ser extraditado para ser julgado por uma autoridade judiciária de outro país. A Constituição o veda no artigo 5º, LI, exceção feita ao brasileiro naturalizado, que seja acusado de tráfico de entorpecentes ou de drogas afins ou então que tenha cometido o crime comum antes da naturalização.

Se fosse aplicada apenas a Lei 9.455/97, o brasileiro autor de crime de tortura cometido em território estrangeiro, que se encontrasse em território nacional, seria beneficiado pelas restrições do artigo 7º, § 2º, do Código Penal, aumentando as chances de permanecer impune.

Basta imaginar que o crime tenha sido cometido por um agente de segurança em uma missão internacional, cumprida em um país em que a tortura não constitui fato típico. Aplicados apenas a Lei 9.455/97 e o Código Penal, esse brasileiro não poderia ser extraditado nem julgado por uma autoridade judiciária brasileira. Essa solução é evidentemente incompatível com os tratados internacionais e com a própria Constituição Federal, porquanto todos eles sejam intolerantes com a impunidade dos delitos contra a humanidade.

Aplicando-se os tratados, de resto plenamente incorporados ao Direito interno, o Estado brasileiro exercerá a sua jurisdição criminal. Poderá investigar, processar e julgar o brasileiro que haja torturado no exterior. Preservará o direito fundamental do brasileiro à não-extradição, ao mesmo tempo

em que assegurará a reparação específica do direito fundamental violado pela tortura.

CAPÍTULO III

A influência dos tratados internacionais contra a tortura: uma perspectiva sistêmica

3.1 – O sistema internacional de proteção dos direitos humanos e a legitimação do Direito Penal

NORBERTO BOBBIO identificou com precisão a alteração de perspectiva na relação entre governantes e governados, entre Estado e indivíduos, a partir do surgimento do individualismo.

BOBBIO chamou a atenção para o fato de que, ao longo da história da Humanidade, os códigos de regras de conduta sempre tiveram a função precípua de proteger mais o grupo do que o indivíduo em si mesmo considerado.

Originariamente, a função do preceito ‘não matar’ não era tanto a de proteger o membro individual do grupo, mas a de impedir uma das razões fundamentais da desagregação do próprio grupo. A melhor prova disso é o fato de que esse preceito, considerado justamente como um dos fundamentos da moral, só vale no interior do grupo: não vale em relação aos membros dos outros grupos.⁹⁸

Na relação entre governantes e governados, e mais tarde entre Estado e indivíduo, historicamente predominou o ponto de vista dos primeiros. A Política sempre se ocupou do poder pela perspectiva dos governos, não dos

⁹⁸ Norberto Bobbio. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. 11ª ed., Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 57.

governados. O Direito o fez da perspectiva dos deveres do indivíduo para com o grupo ou o Estado, não dos direitos da pessoa dentro do grupo ou do Estado.

A passagem dessa concepção organicista da sociedade para a concepção individualista – se continuarmos a utilizar os termos empregados por BOBBIO⁹⁹ – não ocorreu de forma revolucionária, mas gradativa.

O ponto de inflexão, que BOBBIO chamou de “*revolução copernicana*”, por ele tomada como “*inversão do ponto de observação*”¹⁰⁰, ocorreu com o surgimento do jusnaturalismo, que transferiu para o indivíduo, em lugar da sociedade, “*o ponto de partida para a construção de uma doutrina da moral e do direito*”¹⁰¹.

O princípio foi positivado no artigo 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “*Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression*”.

Se na concepção organicista o indivíduo era visto e concebido como uma parte do todo, este constituído pela sociedade, *i.e.*, como um objeto ou um sujeito passivo da Política e do Direito, na concepção individualista ele passa a ser tratado como a razão de existir do Estado. Na concepção liberal e individualista do Iluminismo, assim expressa na Declaração Francesa de 1789, o

⁹⁹ Idem, ibidem, p. 3.

¹⁰⁰ Idem, ibidem, p. 57.

¹⁰¹ Idem, ibidem, p. 58.

Estado assume a condição de instrumento necessário para assegurar ao indivíduo o desenvolvimento de suas potencialidades e o livre e pleno gozo dos seus direitos inalienáveis.

No âmbito do Direito, a inflexão para o individualismo se manifestou na inversão da relação entre direitos e deveres. Para o indivíduo, primeiro vêm os direitos e depois os deveres; para o Estado, primeiro os deveres e depois os direitos¹⁰².

Do ponto de vista político, o individualismo representou a substituição do fator de legitimação do Estado: a segurança do Estado pela realização livre e plena das potencialidades do indivíduo.

Esse desenvolvimento, todavia, não foi linear. Houve períodos, em especial a partir da segunda metade do século XIX até o fim da 2ª Guerra Mundial, de forte involução do individualismo e de resgate de concepções organicistas da sociedade.

Na teoria do Direito Penal da segunda metade do século XIX em diante, LUIGI FERRAJOLI identifica reações antiiluministas e antigarantistas, que novamente inverteram a perspectiva das relações entre indivíduo e Estado e promoveram a passagem do interesse do indivíduo lesado ao interesse do Estado. Nas palavras do autor, *“che si sposta dagli interessi degli individui danneggiati all’interesse dello stato, concepito dapprima come interesse alla tutela*

*di ciò che esso stesso ritiene meritevole e poi, semplicemente, come interesse all'obbedienza o alla fedeltà*¹⁰³.

Esse retrocesso teve a sua fase mais radical no regime nazista, que levou a ideologia do positivismo ético ao seu extremo e sustentou o dever jurídico e moral de guardar obediência absoluta e incondicional à lei enquanto tal¹⁰⁴⁻¹⁰⁵.

Foram justamente as terríveis experiências da 2ª Guerra Mundial, produzidas pelo regime nazista, que demonstraram à comunidade internacional a necessidade de se adotar uma política de proteção de direitos fundamentais de abrangência internacional.

O processo de internacionalização dos direitos fundamentais, já abordado no Capítulo I deste trabalho, inseriu a proteção da pessoa humana e da sua dignidade no centro da agenda internacional e a elevou à condição de fator de legitimação dos Estados.

O Direito brasileiro também sofreu, especialmente no século XX, a influência das teorias que BOBBIO chamou de reacionárias¹⁰⁶, isto é, daquelas que sustentam uma concepção organicista da sociedade e do Estado.

¹⁰² Idem, *ibidem*, p. 60.

¹⁰³ Luigi Ferrajoli. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. Roma-Bari: Laterza, 1998, p. 470.

¹⁰⁴ Norberto Bobbio. *O positivismo jurídico*. Trad. de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 225.

¹⁰⁵ A esse modelo, que identifica a justiça com o Direito do Estado, a justiça com a lei, NORBERTO BOBBIO prefere chamar de positivismo ético. Explica que, quando se afirma a obrigação incondicional de obedecer à lei enquanto tal, não se está mais no plano teórico, e sim no plano ideológico; não se trata mais de uma

As Constituições Federais de 1937 e de 1967, com a emenda de 1969, possuíam uma linha político-jurídica bastante evidente de tutela do Estado e do regime em si mesmo considerado, em detrimento do indivíduo. A legislação infraconstitucional do período que vai de 1964 a 1985, com os seus atos institucionais e demais instrumentos normativos a instituir a pena de morte e a suspender direitos fundamentais à margem da Constituição e sem o aval do Congresso, visava precipuamente à proteção do Estado como um fim em si mesmo.

No âmbito global, a alteração do paradigma de legitimação da Política e do Direito ocorreu com a internacionalização dos direitos fundamentais no pós-Segunda Guerra Mundial.

A experiência proporcionada pelas atrocidades da guerra não apenas restabeleceu o indivíduo como a razão de ser do Estado, como alterou significativamente o fundamento dos direitos humanos. A desnacionalização dos direitos fundamentais significou que o indivíduo possui esses direitos não pelo fato de ser nacional de um determinado Estado, mas por ser pessoa humana.

Todos os tratados internacionais de direitos humanos firmados após a Segunda Guerra Mundial, bem como as declarações de direitos, elevam a pessoa humana à condição de fator de legitimação da Política e do Direito. Em todos os instrumentos internacionais, a proteção do indivíduo, pelo simples fato

doutrina científica, mas de uma doutrina ética do Direito. Norberto Bobbio. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 225.

¹⁰⁶ Norberto Bobbio. *A era dos direitos*, cit., passim.

de ser pessoa, exsurge como a razão de ser do Estado e do Direito. Nesses instrumentos internacionais, a cidadania, *i.e.*, o direito a ter direitos, e a dignidade da pessoa humana são os princípios fundamentais a orientar a atuação dos Estados-partes em suas relações internacionais e em suas relações com as pessoas sujeitas à sua jurisdição.

Esses tratados trazem, todos eles, normas jurídicas que obrigam os Estados-partes a respeitar os direitos fundamentais e a garantir o seu livre e pleno exercício. Também obrigam os Estados a introduzir em seu direito positivo interno disposições normativas tendentes a prevenir-lhes violações e a repará-las especificamente na hipótese de o dano vir a ocorrer. Os Estados-partes também se obrigam a adotar providências de natureza administrativa para garantir ao indivíduo o exercício dos seus direitos.

Os tratados internacionais de direitos humanos deixam claro, para além de qualquer dúvida, que os Estados não podem legislar nem atuar no âmbito administrativo para proteger-se como um fim em si mesmo nem tampouco para proteger os seus governantes como tais; em suma, não podem atuar para proteger uma ética de Estado. Nessa perspectiva, esse paradigma serve de critério de deslegitimação dos tipos penais que visem apenas a proteger o Estado ou um governo como um fim em si mesmo.

A tutela do Estado, do regime político ou dos governantes somente se justifica se for indispensável à tutela do indivíduo. Qualquer providência de

natureza legislativa, administrativa ou jurisdicional só se legitima politicamente se visar à tutela da pessoa humana, direta ou indiretamente.

Mas esse dever não é apenas negativo, não se limita a um dever de abstenção. Já foi visto nos capítulos anteriores que os tratados internacionais de direitos humanos impõem aos Estados-partes o dever de agir para assegurar a todo ser humano o exercício livre e pleno dos seus direitos fundamentais, prevenindo-lhes o dano e assegurando-lhes a reparação quando for necessário.

O Direito Penal é parte essencial na consecução desta tarefa. Os tratados internacionais de direitos humanos, notadamente aqueles específicos sobre algum tema, impõem aos Estados-partes o dever de incriminar, no seu direito interno, as condutas que violam os direitos fundamentais de que cuidam. Ainda impõem aos Estados o dever de assegurar instrumentos eficientes e adequados ao recebimento de queixas de violações, de proceder a investigações imediatas e independentes, de processar os responsáveis pelos delitos e de puni-los com efetividade, aplicando-lhes penas severas e adequadas à prevenção do ilícito.

Todos esses deveres são encontrados nos tratados celebrados no âmbito da ONU e da OEA contra a tortura e foram reafirmados em decisões paradigmáticas da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ambas criadas no âmbito da OEA¹⁰⁷.

¹⁰⁷ O tema foi abordado nos Capítulos I e II, com uma ênfase especial ao dever de punir, reconhecido e garantido nos tratados contra a tortura e reafirmado nas decisões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Confira-se, nestes capítulos, o amplo significado

Tais disposições também podem ser identificadas, a título de exemplo, nos tratados para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (arts. 1º e 5º), de 1948 (ONU), sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (arts. 4º, a, e 6º), de 1965 (ONU), na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Cap. III, arts. 15 a 42), na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (art. 7º), de 1994, na Convenção Internacional sobre a Supressão de Atentados Terroristas com Bombas (arts. 4º a 8º), de 1998 (ONU), na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (arts. 5º, 6º, 8º, e 11), de 2000, e no Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças (art. 5º), de 2000.

No Brasil, o ponto de inflexão da perspectiva da Política e do Direito em favor da pessoa humana é a Constituição Federal de 1988, que sofreu forte influência política dos tratados que compõem o sistema internacional de proteção dos direitos fundamentais. Por ela se operou no país a *revolução copernicana* de que trata NORBERTO BOBBIO.

dado pelos organismos internacionais americanos ao conceito de devido processo legal, para abranger, como direito fundamental de todo indivíduo, a investigação, a acusação e a condenação severa e efetiva dos responsáveis pelas violações de direitos fundamentais. Ao contrário do que ficou assentado na doutrina penal e processual penal brasileira das duas últimas décadas, o devido processo legal, reconhecido e garantido nos tratados internacionais, não se restringe apenas à garantia da defesa dos réus acusados em processos judiciais ou administrativos. É também direito fundamental das vítimas, de ver investigados, processados e punidos severa e efetivamente os violadores de direitos fundamentais. É direito fundamental de todos os indivíduos, de ver exercida com efetividade a jurisdição criminal, como garantia de prevenção de futuros delitos.

O artigo 1º, II e III, eleva a cidadania e a proteção da dignidade da pessoa humana à condição de princípio fundamental da República brasileira e do seu Estado de Direito. O artigo 4º, II e VIII, estabelece a prevalência dos direitos humanos e o repúdio ao racismo e ao terrorismo como princípios a condicionar as relações internacionais do Estado brasileiro.

O artigo 5º traz um extenso rol de direitos fundamentais e impõe ao Estado brasileiro o dever de incriminar a discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, o racismo, a tortura, o tráfico de entorpecentes, o terrorismo e a ação de grupos armados tendentes a aniquilar a ordem constitucional e o Estado Democrático. Determina, ainda, que àquelas condutas sejam cominadas penas diferenciadas e severas, vedando-lhes a anistia, a graça, a fiança e, no caso do racismo, até mesmo a prescrição (CR 5º XLI a XLIV).

Esses são apenas alguns exemplos, que visam a demonstrar que a Constituição Federal de 1988 realmente elevou a proteção da pessoa humana à condição de princípio fundamental da República brasileira.

O processo de internacionalização dos direitos humanos, cujos resultados concretos podem ser identificados nas disposições normativas dos tratados internacionais firmados a partir da segunda metade do século XX, produziu um efeito pouco explorado na Teoria do Direito Penal.

Além da já mencionada alteração do paradigma de legitimação, os tratados internacionais de direitos humanos exigem do Direito Penal o cumprimento de uma função nitidamente preventiva de comportamentos lesivos.

Ao exigirem dos Estados-partes a incriminação do comportamento de torturar, a investigação imediata e imparcial e a punição severa, efetiva e diferenciada daqueles que infligem tormentos, os tratados de direitos humanos sobre a tortura põem em evidência a absoluta inadequação das teorias abolicionistas para a tutela de direitos fundamentais, como também demonstram a insuficiência e o desacerto das teses que apregoam a extinção ou o abrandamento das penas privativas de liberdade para as graves violações de direitos humanos.

O dever de punir, e de punir com eficiência e rigor, ocupa uma posição central nos tratados de direitos humanos em geral, e nos tratados contra a tortura em particular. Impunidade e violações de direitos fundamentais andam de mãos dadas, são inseparáveis.

As teorias garantistas do direito penal mínimo e do bem jurídico penal não podem servir de pretexto para assegurar a impunidade das graves violações de direitos humanos. Trata-se de uma contradição em termos, já que tais teorias permeiam os tratados de proteção de direitos fundamentais e visam, justamente, a assegurar tais direitos contra violações. Se garantem a impunidade, é porque foram distorcidas, mal compreendidas ou mal-usadas.

Bem compreendidas, as teorias do direito penal mínimo e do bem jurídico-penal visam a conferir racionalidade ao Direito Penal, deslegitimando a incriminação de comportamentos que visem à tutela da moral, da virtude, de concepções religiosas ou do Estado como um fim em si mesmo.

Tais teorias explicam – e com elas são perfeitamente compatíveis – as opções políticas dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, de exigir investigação imparcial e punição severa e diferenciada para as graves violações daqueles bens jurídicos indispensáveis à vida digna de uma pessoa.

Os tratados internacionais em geral, e aqueles contra a tortura em particular, posto que trazem disposições normativas exigindo a incriminação dos comportamentos lesivos e a punição severa dos responsáveis, deixam claro que o Direito Penal há de estabelecer punições para proteger a pessoa humana contra determinados ataques aos seus direitos fundamentais.

As discussões que envolvem a teoria do bem jurídico-penal são estreitamente dependentes da definição da função que o Direito Penal exerce em determinado sistema jurídico. São conhecidas e amplamente discutidas as teses sobre a função do Direito Penal e da sua expressão mais visível: a pena.

Não é objetivo deste trabalho fazer a análise de cada uma delas. Pretende-se, isso sim, identificar a função que os tratados internacionais de direitos humanos, em especial os tratados contra a tortura, exigem do Direito Penal.

3.2 – A função do Direito: uma perspectiva a partir da Teoria dos Sistemas

Mas não é possível cuidar da função do Direito Penal sem estabelecer, como premissa, o modo como se vê a função do próprio Direito. É impossível dissociar uma da outra, já que o Direito Penal integra o sistema jurídico e cumpre a mesma função que os demais ramos do Direito. O que diferencia o Direito Penal do Direito não-Penal são os instrumentos jurídicos de que se vale o primeiro para atingir o seu objetivo.

Compreender o sistema jurídico, as suas relações com o sistema político e a função que o Direito desempenha na sociedade é condição *sine qua non* para a correta compreensão da função que os tratados internacionais de direitos humanos, em especial aqueles contra a tortura, exigem do Direito Penal e do seu instrumento mais característico: a pena.

Na Teoria Geral do Direito, são inúmeras as teorias que buscam explicar o Direito. Não é objetivo deste trabalho discorrer sobre elas. Nem tampouco significa que a opção por uma teoria implique uma afirmação de que as demais sejam equivocadas. O que seguirá no próximo item é fruto precisamente de uma opção por uma determinada teoria, simplesmente por considerá-la mais adequada para descrever de modo mais preciso a função do Direito em geral e do Direito Penal em particular.

A Teoria dos Sistemas, cujo maior expoente é NIKLAS LUHMANN, desenvolveu conceitos e instrumentos altamente complexos e refinados, os quais apresentam vantagens na descrição do sistema jurídico quando comparados aos das demais teorias. Certamente as outras teorias possuem vantagens que a Teoria dos Sistemas não apresenta. Mas postas todas elas na balança, vantagens e desvantagens, o arcabouço conceitual da Teoria dos Sistemas é o que descreve com maior precisão o funcionamento do Direito, as suas relações com a Política e com os demais sistemas da sociedade, bem como a relação do próprio sistema com o seu ambiente.

A análise teórica elaborada por NIKLAS LUHMANN a partir dos anos 70 abriu uma nova perspectiva para a teoria do Direito. As dificuldades da observação sociológica e do pensamento jurídico começavam pela errônea separação entre Direito e sociedade e pela equivocada descrição desta relação como uma relação causal. LUHMANN se propôs a superar esses limites assumindo a perspectiva de uma teoria da sociedade fundada no princípio da diferenciação funcional dos sistemas sociais. O pressuposto dessa construção teórica é a teoria dos sistemas autopoieticos¹⁰⁸.

A descrição da função do Direito segundo a teoria dos sistemas de LUHMANN pressupõe a compreensão de algumas premissas metodológicas. O item subsequente é dedicado aos temas da distinção entre sistema e ambiente, das relações entre eles e dos temas da complexidade e da contingência.

3.2.1 – A teoria sistêmica de LUHMANN: a distinção entre sistema e ambiente.

A proposta de NIKLAS LUHMANN é de descrever o Direito a partir da análise sociológica, *i.e.*, de um ponto de vista externo. Essa observação externa do Direito é, para LUHMANN, uma das vantagens da teoria sociológica do Direito, uma vez que ela não estaria obrigada a respeitar normas internas, costumes ou requisitos de compreensão. Mas faz uma advertência: quem se dispõe a realizá-la não se deve enganar a respeito do objeto. O observador deve ter o compromisso de descrever o Direito tal como o entendem os juristas. Em outras palavras, o seu compromisso é com a auto-observação e com a autodescrição do objeto como condição de uma descrição aceitável¹⁰⁹.

LUHMANN dirige críticas severas à teoria sociológica tradicional do Direito, como de resto as dirige aos seus outros modelos de descrição. Mas no caso dos modelos tradicionais de análise sociológica, o autor afirma que os seus instrumentos conceituais eram insuficientes para revolucionar o paradigma da teoria da sociedade e superar os limites da descrição baseada no esquema sujeito-objeto¹¹⁰.

A crítica mais freqüente que LUHMANN endereça à teoria sociológica do Direito é a de descrevê-lo como algo que está fora da sociedade,

¹⁰⁸ Raffaele De Giorgi. *Scienza del diritto e legittimazione*. Lecce: Pensa, 1998, pp. 190-1.

¹⁰⁹ Niklas Luhmann. *El derecho de la sociedad*, p. 8.

¹¹⁰ Niklas Luhmann e Raffaele De Giorgi. *Teoria della società*, p. 16.

utilizando-se da fórmula Direito e sociedade, como se pudesse existir um Direito fora da sociedade. A partir da premissa da teoria dos sistemas autopoieticos, LUHMANN se propõe a descrever o Direito como um sistema social funcionalmente diferenciado dentro da sociedade. Não é por outro motivo que ele intitula uma de suas obras como “O direito da sociedade”, título que ele explica logo no início do trabalho¹¹¹.

O ponto de partida para a compreensão da teoria dos sistemas é a distinção entre sistema e ambiente. Mas para entendê-la, é necessário antes compreender o que seja *forma* na teoria luhmanniana.

LUHMANN e de DE GIORGI a explicam dizendo que “a forma é forma de uma distinção, portanto de uma separação, de uma diferença”¹¹².

Quando se faz uma distinção, estabelece-se uma demarcação que separa duas partes, e não se passa de uma parte à outra sem atravessar essa demarcação. Forma é uma linha divisória que fixa uma diferença e obriga a estabelecer qual é a parte que se indica quando se diz que se está de um dos seus lados. Em outras palavras, ela sempre obriga a indicar o sistema de referência. Sempre que se opera uma distinção, o que se faz é indicar uma das partes da forma; mas ao fazê-lo, ao mesmo tempo se indica a outra parte por contraste, por exclusão.

¹¹¹ Niklas Luhmann e Raffaele De Giorgi, *idem*, p. 7.

¹¹² Niklas Luhmann e Raffaele De Giorgi. *Teoria della società*, p. 17.

Uma das características principais da forma, portanto, é a *contemporaneidade* das suas duas partes. A outra característica, a despeito da aparente contradição, é a diferença temporal: para se passar de um lado ao outro da forma, o que se faz por meio de operações, necessita-se de tempo¹¹³.

Dessa maneira, distinguir significa indicar; mas o inverso também é válido. A parte da forma não é algo por si mesma; ela existe em referência ao outro lado da forma. A forma é sempre auto-referência¹¹⁴.

Aplicado o cálculo das formas à distinção sistema e ambiente, compreende-se que esta é um tipo particular de forma. Todas as propriedades da forma são identificadas na distinção sistema e ambiente: contemporaneidade e diferença temporal.

A consequência dessa afirmação é de grande relevância: quando se utiliza a distinção sistema e ambiente, deve-se ter bem claro que, como duas partes da forma, sistema e ambiente podem existir autonomamente, porém não podem existir um sem o outro¹¹⁵. Esta é a base para a compreensão das relações entre sistema e ambiente e, de resto, para toda a teoria dos sistemas¹¹⁶.

¹¹³ Luhmann e De Giorgi, idem, p. 17.

¹¹⁴ Idem, ibidem.

¹¹⁵ Niklas Luhmann e Raffaele De Giorgi, idem, p. 19.

¹¹⁶ Quem compreende essa característica fundamental dos sistemas e de suas relações com o ambiente pode entender como são infundadas as críticas dirigidas a LUHMANN quando ele afirma que o homem, como sistema psíquico e biológico, não pertence à sociedade, mas constitui o seu ambiente. Os dois são partes de uma forma, de modo que podem existir autonomamente, porém não podem existir um sem o outro. A teoria dos sistemas nada tem de autoritário e não pode, ao menos não sem graves distorções, fundamentar posturas que visam a fazer do homem um objeto do Estado.

A distinção sistema e ambiente ocupa uma posição central na teoria dos sistemas, precisamente porque permite que, a partir dela, se estabeleçam inúmeras outras distinções. Por esta razão, aliás, a teoria sistêmica de LUHMANN é uma teoria baseada em contrastes.

É possível, ainda, que os sistemas apliquem a si mesmos a distinção sistema e ambiente. As condições sob as quais isso pode ocorrer são de que os sistemas sejam suficientemente complexos e que esta operação ocorra no interior do sistema, como uma sua operação própria. Aceito esse ponto de partida, todo o desenvolvimento da teoria se apresenta como variação da distinção sistema e ambiente¹¹⁷.

Preenchido o requisito da suficiente complexidade, os sistemas, como se disse acima, podem aplicar a si mesmos a distinção sistema e ambiente. A sociedade moderna preenche essa condição. Em relação aos sistemas biológicos e psíquicos, ela constitui ambiente; do ponto de vista da sociedade, esta constitui o sistema e aqueles o ambiente.

Mas dentro da sociedade, identificam-se sistemas parciais diferenciados por uma função específica, que cada um cumpre com exclusividade. Da perspectiva dos sistemas parciais funcionalmente diferenciados, a sociedade é o ambiente. E mais. Da perspectiva de um determinado sistema parcial, não apenas a sociedade é ambiente, como todos os demais sistemas parciais também o são.

Exemplificando: tomando o sistema jurídico como sistema parcial, os sistemas econômico, político, educacional etc. constituem o seu ambiente. E vice-versa. Logo, as relações entre os vários sistemas parciais que compõem a sociedade seguem as mesmas regras que regem as relações entre qualquer sistema e seu ambiente, *i.e.*, seguem as mesmas regras que regem as relações entre, por exemplo, a sociedade e os sistemas psíquicos.

A teoria dos sistemas desenvolvida por LUHMANN refuta a existência de relações causais entre o sistema e o ambiente. Rejeita, portanto, a existência de *inputs* e de *outputs* no sistema ou do sistema¹¹⁸.

A teoria dos sistemas trabalha com o paradoxo segundo o qual independência e dependência são características dos sistemas que não se excluem reciprocamente. Ao contrário. Sob determinadas condições, elas se acrescem, uma passa a depender da outra.

O sistema é autônomo em relação ao ambiente, mas não pode existir sem ele. Como não há *inputs* nem *outputs*, o ambiente é visto pelo sistema como uma fonte de rumor não específico, de irritação. Num primeiro momento, tais rumores são desprovidos de significado, porém o sistema, a partir de suas próprias operações, é capaz de extrair significado daqueles rumores e reagir às irritações da maneira que melhor lhe convém.

¹¹⁷ Niklas Luhmann e Raffaele De Giorgi, *idem*, pp. 19-20.

Com isso, LUHMANN e DE GIORGI procuram explicar que o sistema guarda uma relação de dependência com o ambiente, não pode existir sem ele, porém não pode ser determinado pelo ambiente. O sistema se auto-organiza a partir de seus próprios elementos. De suas próprias operações, ele constrói a própria ordem. O ambiente atua sobre o sistema de maneira casual, e não causal¹¹⁹, pois o sistema reage ao ambiente a partir das suas operações internas, selecionando o que lhe é relevante e o que lhe é indiferente.

A teoria da sociedade recebeu forte impulso com as reflexões sobre a autopoíese. LUHMANN e DE GIORGI definem os sistemas autopoieticos como sistemas que produzem as suas próprias estruturas e os elementos de que se compõem a partir da sua própria rede de estruturas e de elementos¹²⁰. São sistemas que se auto-reproduzem.

Utilizando os conceitos de forma e de autopoíese, a teoria dos sistemas é capaz de descrever com precisão as relações entre o sistema e o ambiente. Como sistemas autopoieticos, os sistemas constroem as próprias relações com o ambiente. Elas surgem como escolhas operadas no interior do sistema, em um universo de possibilidades constituído pelo próprio sistema, de modo que a especificação da relação sistema e ambiente só pode ocorrer no interior do sistema, a partir de suas próprias operações¹²¹.

¹¹⁸ Niklas Luhmann e Raffaele De Giorgi, idem, p. 22.

¹¹⁹ Idem, pp. 20-1.

¹²⁰ Idem, p. 21.

¹²¹ Niklas Luhmann e Raffaele De Giorgi, idem, pp. 21-2.

Daí se extrai a conclusão de que os sistemas são autônomos no plano estrutural e no plano operacional. No plano estrutural porque eles mesmos produzem suas estruturas e seus elementos a partir de sua rede de estruturas e de elementos, segundo suas próprias regras e procedimentos. No plano operacional porque o sistema opera de modo circular, *i.e.*, ele realiza as suas operações a partir de suas próprias operações, e estas, por sua vez, servem de base para as ulteriores operações do sistema¹²².

Tais reflexões conduzem ao conceito, igualmente caro à teoria dos sistemas, de fechamento operativo: o sistema se constitui de modo auto-referencial, circular, simétrico. Suas operações constituem outras operações que servem de fundamento para operações futuras. No entanto, fechamento operativo não implica isolamento do sistema em relação ao ambiente. Como se disse, dependência e independência se acrescem reciprocamente sob certas condições, de modo que a teoria dos sistemas trabalha com outro paradoxo: a abertura do sistema para o ambiente se apóia sobre o fechamento operativo do sistema. Diz-se, portanto, que os sistemas são operativamente fechados e cognitivamente abertos.

LUHMANN e DE GIORGI explicam que o fechamento operativo é condição necessária para que os sistemas construam uma alta complexidade que lhes permita especificar sob quais aspectos eles reagem aos rumores do ambiente e sob quais aspectos eles se podem permitir uma posição de

¹²² Idem, p. 22.

indiferença em relação a outros rumores¹²³. O fechamento operativo confere aos sistemas a autonomia e a unidade de que eles necessitam para se abrir cognitivamente ao ambiente sem se deixar determinar por ele.

Todas essas considerações não são suficientes para indicar que tipo de operação realiza a autopoiese do sistema da sociedade e o distingue do seu ambiente. A identificação dessa operação, no entanto, é essencial à compreensão da teoria dos sistemas.

Segundo LUHMANN, a operação que produz e reproduz o sistema da sociedade é a comunicação¹²⁴. Esta é a única operação genuinamente social; é a única que não possui correspondência no ambiente. Junto com DE GIORGI, o autor afirma que a comunicação pressupõe o concurso de vários sistemas psíquicos, mas não pode ser atribuída a uma única consciência. Ela possui todas as propriedades necessárias à autopoiese do sistema da sociedade porque só pode ser produzida e reproduzida de maneira circular, recursiva, *i.e.*, a comunicação só pode produzir comunicação a partir de comunicação¹²⁵.

Foi dito acima que o conceito de forma exige sempre que se indique o sistema de referência adotado. Em outras palavras, que sempre se indique de que lado da forma se trata, o que significa, simultaneamente e por contraste, indicar o outro lado da mesma forma. Foi dito também que, adotado o sistema

¹²³ Idem, *ibidem*.

¹²⁴ Niklas Luhmann. *El derecho de la sociedad*, p. 21; Niklas Luhmann e Raffaele De Giorgi. *Teoria della società*, p. 26.

¹²⁵ Niklas Luhmann e Raffaele De Giorgi. *Teoria della società*, pp. 26-7.

jurídico como referência, os demais sistemas parciais e o próprio sistema da sociedade constituem o seu ambiente.

LUHMANN adverte que a relação do sistema da sociedade com o sistema jurídico é ambígua. De um lado, a sociedade constitui o ambiente do Direito. De outro, todas as operações do sistema jurídico ocorrem dentro da sociedade¹²⁶. Mesmo assim, uma vez que a relação da sociedade com o Direito não passa de uma variação da distinção sistema e ambiente, todas as regras que orientam as relações entre eles valem também para as relações entre o sistema da sociedade e os diversos sistemas parciais, aí incluído o sistema jurídico. Também valem para os sistemas parciais todas as considerações feitas pela teoria geral dos sistemas a respeito do fechamento operativo e da abertura cognitiva dos sistemas.

Disso decorre que, se a comunicação é a operação genuinamente social, que realiza a autopoiese do sistema da sociedade e o distingue do ambiente, a operação que produz e reproduz o sistema do Direito não pode ser outra que a comunicação. Afinal, o sistema jurídico é um sistema parcial da sociedade, de maneira que só pode utilizar a mesma forma operacional desta última: a comunicação¹²⁷.

Mas o sistema jurídico realiza a sua autopoiese e se distingue do ambiente através de uma comunicação específica, *i.e.*, de uma comunicação jurídica. Pelo monopólio dessa espécie de comunicação, o Direito se diferencia da

Economia, da Política, da Educação etc¹²⁸. Em suma, o Direito é um sistema social autopoiético e operativamente fechado porque se constitui de comunicação jurídica, que produz comunicação jurídica a partir de comunicação jurídica.

Essas reflexões ainda não esclarecem qual é a comunicação especificamente jurídica.

O sistema de Direito se diferencia do ambiente por dois fatores: pela especificação de uma função exclusiva¹²⁹ e pela aplicação de um código binário específico. Para se saber se o que se indica é o sistema jurídico, deve-se observar a função que ele desempenha para a sociedade e o código binário que ele utiliza. Em outras palavras, para se saber se uma comunicação é uma comunicação especificamente jurídica se deve questionar se essa comunicação obedece ao código do Direito.

O código binário do sistema jurídico é *lícito* e *ilícito*, ou, como se pode encontrar em algumas obras, *direito* e *não-direito*. A codificação do sistema de Direito, como de resto ocorre com os outros sistemas parciais, respeita esse esquema binário: um valor positivo (direito ou lícito) e outro valor negativo (não-direito ou ilícito). Toda e qualquer comunicação que se encontre nos domínios desse código específico é uma comunicação jurídica; toda e qualquer

¹²⁶ Niklas Luhmann. *El derecho de la sociedad*, p. 21.

¹²⁷ Niklas Luhmann, *idem*, p. 21.

¹²⁸ Esta afirmação é feita por aproximação. Ela não ignora que os sistemas parciais se diferenciam do ambiente não apenas pela comunicação específica, *i.e.*, pelo seu código, mas também pela função que compete a cada um, com exclusividade, no sistema da sociedade. Função e código são os dois critérios que, atuando conjuntamente, permitem diferenciar os subsistemas da sociedade do seu ambiente. Neste sentido, confira-se Niklas Luhmann, *El derecho de la sociedad*, p. 41.

comunicação que verse sobre *lícito e ilícito, direito e não-direito*, é uma comunicação que se reproduz no interior do sistema jurídico. Essa é a regra de atribuição de uma operação ao sistema de Direito.

A função do Direito na teoria dos sistemas será abordada em breve, em item próprio.

3.2.2 – Complexidade, contingência e seletividade.

Os temas da complexidade, da contingência e da seletividade são recorrentes na teoria social de NIKLAS LUHMANN. Não é possível analisar a teoria da sociedade ignorando essas categorias, que constituem as premissas do pensamento sociológico de LUHMANN.

Uma das características que distinguem o Direito natural do Direito positivo é a contingência. Como expressão de uma normatividade dada, fundada no divino, na natureza ou na razão, o Direito natural é não-contingente, imutável, imune a escolhas, protegido do diverso, resistente ao tempo. O Direito positivo, como direito produzido por decisões, é direito contingente, fruto de escolhas num universo de possibilidades. É direito variável¹³⁰⁻¹³¹.

¹²⁹ Cfr. o capítulo 3 da obra *La differenziazione del diritto*, o capítulo 3 da obra *El derecho de la sociedad* e o capítulo II do *Sociologia do Direito I*, todos de Niklas Luhmann.

¹³⁰ Para NORBERTO BOBBIO, toda definição positivista do Direito prescinde do seu conteúdo, precisamente porque o seu conteúdo é infinitamente variado. Não há matéria que o Direito não tenha regulado historicamente ou que não possa vir a regular; basta que o comportamento a regular não seja necessário ou impossível. O positivismo jurídico é definido como uma teoria formal do Direito porque o descreve exclusivamente em função da sua estrutura formal; o que vale na definição do Direito é o *como* ele é produzido, não o *que* ele estipula. Norberto Bobbio. *O positivismo jurídico*, p. 145.

O problema da contingência não é novo para o Direito. Desde que o Direito se desvinculou da natureza e do divino, o problema da contingência foi apresentado à epistemologia jurídica. O marco dessa ruptura é o século XIX¹³². O mérito da teoria da sociedade de NIKLAS LUHMANN foi abordar os problemas da complexidade, da contingência e da seletividade como instrumentos de compreensão da sociedade moderna e de guia de orientação na realização de escolhas nesse universo.

Complexidade, contingência e seletividade estão indissociavelmente ligadas na teoria da sociedade. O mundo, segundo LUHMANN, é constituído sensorialmente e apresenta ao homem uma multiplicidade de experiências possíveis. Cada experiência possui um conteúdo concreto que remete a outras tantas experiências possíveis, igualmente complexas e contingentes. Essa multiplicidade de possibilidades contrasta com a limitada capacidade humana de percebê-las, de assimilá-las e de atuar¹³³. LUHMANN define a complexidade como multiplicidade de possibilidades a realizar.

A contingência decorre da complexidade do mundo. Se há sempre variedade de possibilidades a realizar, o comportamento humano não pode ser visto como um fato determinado. Deve ser entendido como o produto de uma

¹³¹ A questão da variabilidade do Direito positivo é longa e complexa, de modo que não cabe nos limites deste trabalho. Diz respeito à distinção entre sistemas estáticos e sistemas dinâmicos, que é tão cara às obras de HANS KELSEN e de NORBERTO BOBBIO. No entanto, compreender a variabilidade do Direito positivo é essencial para compreender o próprio Direito positivo, diferenciá-lo do Direito natural e evitar os mal-entendidos que levaram à indevida vinculação de KELSEN com a ideologia positivista do Nazismo.

¹³² Raffaele De Giorgi. *Scienza del diritto e legittimazione*, p. 19.

¹³³ Niklas Luhmann. *Sociologia do Direito I*, p. 45.

escolha em um universo de outras possibilidades. Logo, a contingência significa que as experiências podem ser diversas daquelas esperadas.

Complexidade significa, portanto, seleção forçada, obrigação de eleger uma possibilidade entre outras tantas viáveis. Contingência significa “perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos”¹³⁴.

Na teoria da sociedade, aumento de complexidade significa expansão das possibilidades de comunicação. No subsistema do Direito, aumento de complexidade equivale à evolução, à expansão das possibilidades de comunicação especificamente jurídica, identificada pelo código binário lícito/ilícito.

Quanto maior for a complexidade de um sistema, maior é a possibilidade e a inevitabilidade de escolhas. Maior também é o risco de desapontamentos, de frustrações.

Para permitir que a vida continue em um tal contexto de alta complexidade, os sistemas buscam mecanismos que viabilizem escolhas na sociedade complexa. O sistema jurídico, à evidência, faz o mesmo através do Direito positivo.

A situação é paradoxal: ao mesmo tempo em que tais mecanismos têm a função de reduzir a complexidade e de viabilizar escolhas, eles incentivam

¹³⁴ Niklas Luhmann, *idem*, p. 45.

o aumento da complexidade, uma vez que tornam possível a convivência em um contexto de crescente complexidade.

Percebe-se que a complexidade é bem menor em uma sociedade em que vigora a concepção segundo a qual o futuro é determinado pelo divino ou pela natureza. Num contexto como esse, a contingência é praticamente desconhecida. Logo, só há sentido em falar em complexidade e em contingência nas sociedades modernas onde haja pluralidade de possibilidades de escolhas. O Direito positivo é direito contingente porque é fruto dessas escolhas, reguladas por procedimentos produzidos por outras escolhas. A variabilidade é, portanto, uma das características do Direito positivo, do direito possível.

3.2.3 – A função do Direito: garantia de expectativas normativas

O Direito positivo é o mecanismo utilizado pelo sistema jurídico para reduzir a complexidade. Para explicá-lo, é necessário compreender as estruturas de expectativas.

Há, segundo LUHMANN, estruturas que absorvem e que controlam os problemas da complexidade e da contingência: são as expectativas em relação ao mundo circundante. As expectativas são premissas de experimentação e de

comportamento¹³⁵, que oferecem possibilidades de reação a desapontamentos e que constituem, por isso, eficientes mecanismos seletivos.

O Direito desempenha a função exclusiva de estabilizar e de manter ao longo do tempo um certo tipo de expectativa.

LUHMANN afirma que quem é capaz de ter expectativas em relação ao comportamento do outro, e também em relação às próprias expectativas do outro, está em condições de absorver e de controlar a complexidade e a contingência mais elevada do mundo que o circunda. Com isso, ele está em melhores condições de fazer escolhas e de realizar adequações do seu próprio comportamento. Para o autor, o trato social só é possível por meio de expectativas de expectativas¹³⁶.

Para reduzir a complexidade e viabilizar escolhas, os sistemas realizam reduções generalizantes. Tais reduções, gerais e abstratas, estabilizam expectativas objetivas, *i.e.*, que dizem respeito a um número indeterminado de pessoas e de situações. Essas expectativas podem ser verbalizadas através de fórmulas de dever-ser¹³⁷.

O Direito desenvolve a função exclusiva de assegurar um certo tipo de expectativa, que, junto com o código binário, distingue-o dos demais sistemas parciais da sociedade.

¹³⁵ Idem, p. 46.

¹³⁶ Idem, p. 48.

¹³⁷ Niklas Luhmann, idem, pp. 50-2.

Mesmo operando com a estrutura das expectativas, o sistema da sociedade não seria capaz de permitir a convivência em condições de alta complexidade e contingência se ele não oferecesse duas possibilidades contrárias de reação à frustração de expectativas. Apesar de contrários, ambos os tipos de reação possuem um equivalente funcional: superar desapontamentos e viabilizar a orientação do comportamento em condições de alta complexidade e contingência.

Diante de uma frustração a uma expectativa, pode-se modificar a expectativa para adaptá-la à realidade. Fala-se em expectativas cognitivas. Nesses casos, a frustração põe em evidência o erro da expectativa. Ela demonstra ao indivíduo que ele calculou mal o comportamento alheio e deve rever as suas expectativas para o futuro.

Contrariamente, pode-se sustentar a expectativa contra os fatos decepcionantes e exigir o comportamento conforme o esperado. Fala-se nesse caso de expectativas normativas. São as expectativas de que os indivíduos se comportem segundo as normas vigentes. A frustração não demonstra o erro da expectativa, mas sim do comportamento de quem deveria agir de um modo e agiu de outro.

Em outras palavras, na hipótese de desapontamento, as expectativas cognitivas tendem à adaptação, ao passo que as expectativas normativas tendem à resistência e à conservação do esperado. As expectativas

cognitivas caracterizam-se pela disposição à assimilação; essa disposição não existe em relação às expectativas normativas¹³⁸.

A função do Direito é a de garantir as expectativas normativas ao longo do tempo, ainda que elas sejam contrariadas pelos fatos. Deve-se entender que o Direito não satisfaz tais expectativas; ele apenas assegura a sua manutenção ao longo do tempo, mesmo quando os fatos tendem a contrariá-la. É por esse motivo que LUHMANN afirma que as normas jurídicas “são expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos”¹³⁹.

O sistema parcial do Direito é o único que desempenha essa função à sociedade. É esta a função que diferencia a comunicação jurídica da comunicação dos demais subsistemas sociais.

É por meio da aplicação da pena que o Direito indica aos indivíduos que a expectativa normativa se mantém, mesmo contra a realidade do comportamento ilícito, mesmo contrafaticamente. A pena reafirma a expectativa normativa em caso de desilusão.

Uma norma jurídica que garanta ao vendedor de um bem o direito de receber o preço da coisa nada mais faz do que estabilizar a expectativa de que, vendido o objeto, o comprador pagará o valor. Caso o comprador frustre aquela expectativa, o vendedor pode exigir o pagamento do preço. A esse comportamento – inadimplência – contrário à expectativa, o Direito atribui uma

¹³⁸ Idem, p. 56.

sanção. Desta forma, mesmo contra a realidade frustrante, o Direito assegura ao longo do tempo a expectativa de que, vendido um bem, quem o compra há de pagar o seu valor.

A norma jurídica que estabelece a proibição de torturar estabiliza a expectativa de que ninguém submeterá outrem a suplícios. A contingência do mundo, com as suas inúmeras possibilidades de escolha, torna possível que alguém frustrasse aquela expectativa e submetesse uma pessoa à tortura. Mas quando isso acontece, o sistema jurídico atribui uma sanção especificamente criminal ao torturador, como consequência do seu comportamento. Por meio da sanção, o Direito reafirma a todas as pessoas que a expectativa de que ninguém será torturado permanece válida, não obstante a frustração causada pela realidade do comportamento contrário ao esperado.

3.3 – Os direitos fundamentais reconhecidos nos tratados internacionais como paradigmas de incriminação

A função que o sistema jurídico presta à sociedade, que lhe é característica exclusiva e que o diferencia dos demais subsistemas da sociedade, é a garantia de expectativas normativas. Cabe agora verificar como essa função é desempenhada pelo Direito Penal.

¹³⁹ Idem, p. 57.

São conhecidas as teorias sobre a função do Direito Penal e do seu instrumento mais característico: a pena.

Ao longo dos anos, a Teoria do Direito Penal apresentou diversas funções para o seu objeto de estudos. O Direito Penal já serviu à proteção da moral, da virtude, da religião, de estratégias de Estado e de seus governantes. Atualmente, parece haver certo consenso a respeito da sua função de proteção de bens jurídicos.

Mas atribuir ao Direito Penal a proteção de bens jurídicos não resolve todos os problemas. Proteger bens jurídicos sim, mas quais¹⁴⁰, protegê-los do que e com que finalidade? Essas são questões para as quais as modernas teorias do Direito Penal procuram oferecer respostas.

Para responder à primeira indagação – quais são os bens jurídicos dignos de proteção penal? –, a Teoria dos Direitos Fundamentais é capaz de oferecer uma importante contribuição.

Os diversos tratados internacionais assinados a partir do final da 2ª Guerra Mundial elevaram a dignidade da pessoa humana – e de todos os direitos

¹⁴⁰ Dizer que a função do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos acrescenta pouco em termos garantistas se não houver uma correta definição do conteúdo do bem jurídico-penal. Não se pode ignorar que, em determinada sociedade histórica, ocorra que o bem jurídico a proteger seja identificado em uma estratégia de Estado, nos interesses pessoais ou partidários de governantes, em alguma corrente moral ou em alguma religião. Jesús-María Silva Sánchez chama a atenção para o problema da seguinte maneira: *“En efecto, el cumplimiento de la referida finalidad de garantía exige una adecuada determinación del contenido del concepto de bien jurídico. Esta habrá de impedir que el mismo sirva de mera pantalla para la protección penal de todo tipo de intereses, estrategias o convicciones morales cuya lesión, sin embargo, carecería de una auténtica repercusión negativa en la realización de los individuos como seres sociales.”* Jesús-María Silva Sánchez. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1992, pp. 267-8.

daí decorrentes – à condição de bens jurídicos fundamentais. O consenso dos Estados a respeito desses tratados, a assinatura e a ratificação das convenções internacionais sobre os mais variados direitos, sejam eles genéricos ou específicos, e a repetição desses direitos fundamentais nas Constituições políticas significam que todos os Estados-partes se comprometeram a protegê-los de maneira prioritária.

Logo, os tratados internacionais e as Constituições políticas dos Estados oferecem ao Direito Penal um paradigma bastante objetivo para a identificação dos bens jurídicos que, pela sua relevância e pela gravidade da sua lesão, merecem a proteção jurídico-penal.

Desde os anos 60 do século XX, a Teoria do Direito Penal procura encontrar uma definição do conceito de bem jurídico que se preste ao fim de impedir que o Direito Penal seja utilizado para a proteção de estratégias políticas, de concepções morais ou religiosas, *i.e.*, que sirva de fundamento para a discriminação de fatos, cuja lesão “careceria de uma autêntica repercussão negativa para a realização dos indivíduos como seres sociais”¹⁴¹.

Nessa empresa, a idéia-chave que se difundiu foi a inclusão do indivíduo como uma referência central na concepção do bem jurídico-penal. Em outras palavras, são dignos de incriminação, logo de punição, aquelas condutas que privem os indivíduos de bens indispensáveis à sua livre realização.

A referência à pessoa humana na definição do conceito de bem jurídico-penal traz embutidos os princípios da proporcionalidade e da fragmentariedade (o Direito Penal há de proteger tão-somente bens indispensáveis à vida comum, evitando-lhes ataques especialmente graves) e da lesividade social (o Direito Penal há de evitar ataques com potencial para atentar contra a conservação de uma ordem social, em cujo cerne se identifica a separação do Direito e da Moral)¹⁴².

É inegável que os direitos fundamentais reconhecidos e garantidos nos tratados internacionais e repetidos nas Constituições políticas dos Estados preenchem os requisitos propugnados pela Teoria do Direito Penal para serem considerados bens jurídicos dignos da proteção jurídico-penal.

São direitos de cujo exercício livre e pleno dependem a própria vida e a existência digna da pessoa humana. Os tratados internacionais reconhecem e estabilizam a expectativa normativa de que o indivíduo não será arbitrariamente privado de sua vida, de que lhe será respeitada a integridade física e psíquica, de que não será submetido à tortura nem à escravidão, de que não será vítima de discriminação de qualquer natureza, de que não será vítima de genocídio, de que não será vítima de desaparecimentos forçados ou de execuções sumárias e extrajudiciais, de que seu corpo ou seus órgãos não serão objetos de transação comercial etc., apenas para ficar em alguns exemplos.

¹⁴¹ Idem, *ibidem*.

¹⁴² No sentido do texto, Jesús-María Silva Sánchez, *idem*, p. 269.

Não é por outra razão que os tratados internacionais em geral, e os tratados contra a tortura em particular, contêm normas jurídicas que criam para os Estados o dever de incriminar as condutas lesivas àqueles direitos fundamentais, de assegurar um sistema adequado para o recebimento de notícias-crime e de garantir a investigação imediata e imparcial dos fatos, bem como de processar e punir, com eficiência e rigor, os responsáveis pela infração.

Não é por outra razão que a Comissão Interamericana e a Corte Interamericana de Direitos Humanos interpretam o princípio do devido processo legal de maneira ampla, como um direito fundamental dos indivíduos em geral, e das vítimas em particular, de ver investigadas as lesões aos direitos fundamentais, e processados e punidos criminalmente os autores da violação¹⁴³.

Há uma diferença digna de atenção entre os direitos reconhecidos nos tratados internacionais de Direitos Humanos e os direitos reconhecidos na Constituição. Como adverte JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ, o marco constitucional para a identificação dos bens jurídicos é flexível, ambíguo e amplo. Utilizá-lo como parâmetro serve para excluir a proteção penal para os bens que não estão direta ou indiretamente consagrados na Constituição, porém nem todos os bens nela contemplados são penalmente tuteláveis¹⁴⁴. Dito de outro modo, a Constituição não é capaz de fornecer o rol dos bens jurídicos que devem ser penalmente protegidos, mas tão-somente de excluir aqueles que não podem ser objeto de tutela penal; ela é capaz de deslegitimar incriminações.

Já os tratados internacionais oferecem um rol de direitos fundamentais nos quais o consenso da comunidade internacional identificou os bens jurídicos dignos de tutela penal. Todos eles trazem normas jurídicas que obrigam os Estados-partes a incriminar, em seus direitos internos, os fatos que são lesivos aos direitos neles reconhecidos.

Uma vez ratificados e incorporados ao sistema jurídico de um país, os tratados internacionais de Direitos Humanos não deixam margem de discricionariedade ao legislador ordinário sobre a incriminação das condutas lesivas aos direitos que eles reconhecem. A incriminação é obrigatória, porquanto o Estado-parte já tenha assumido esse dever ao ratificar a convenção.

Mas identificar os bens jurídicos dignos de proteção jurídico-penal não é suficiente para definir a função que o Direito Penal presta à sociedade. As teorias tradicionais não oferecem soluções adequadas para as seguintes perguntas: proteger os bens jurídicos do quê? E com que finalidade?

3.4 – A função do Direito Penal: prevenção de ataques a bens jurídicos

Diante do que foi visto a respeito da função do Direito de garantir expectativas normativas, reafirmando a sua vigência depois que alguém agiu de maneira contrária àquela que era esperada, a questão que se coloca neste

¹⁴³ Cfr. Capítulo I.

¹⁴⁴ Jesús-Maria Silva Sánchez, *idem*, p. 275.

momento é a seguinte: e quanto ao Direito Penal? É correto afirmar que ele tem a função de garantir a existência e a manutenção de bens jurídicos?

As teorias tradicionais sobre a função – ou, como elas preferem afirmar, sobre “as funções” – do Direito Penal carecem de um arcabouço conceitual rico o suficiente para explicar esse fenômeno – da função do Direito Penal – com precisão.

Embora seja inegável que a vida, a segurança pessoal, a segurança pública, a integridade física e psíquica, para citar apenas alguns direitos fundamentais, constituam bens jurídicos, o fato é que em alguns casos o Direito Penal não se preocupa com a sua destruição. Em outras palavras, há situações em que a perda desses direitos fundamentais constitui um irrelevante penal.

Isso porque a destruição de tais bens pode ser atribuída a fatos naturais, como a morte causada por uma enfermidade ou pela velhice, ou a casos fortuitos ou de força maior, como uma tempestade, uma inundação etc.

O sistema da sociedade se distingue do seu ambiente por uma operação específica: a comunicação. A comunicação é a operação genuinamente social.

O Direito, como um subsistema da sociedade, que realiza o mesmo tipo de operação, ocupa-se dos contatos sociais, por meio dos quais se reproduz

a comunicação, no caso, a comunicação jurídica, caracterizada pelo código binário lícito-ilícito.

Partindo dessas premissas, GUNTHER JAKOBS afirma corretamente que a reprodução da comunicação jurídica só é possível se, a cada momento, não for necessário esperar um comportamento qualquer de uma pessoa, *i.e.*, um comportamento imprevisível. Se assim o fosse, cada contato social se converteria em um risco imprevisível¹⁴⁵, e essa enorme carga de complexidade e de contingência inviabilizaria a vida em sociedade.

O sistema da sociedade, no entanto, oferece mecanismos de redução da complexidade, de modo a orientar o comportamento e a viabilizar escolhas em um contexto de alta complexidade. As expectativas cognitivas e normativas, embora diversas entre si, exercem essa função de redutores da complexidade.

Ao manter contatos sociais, o indivíduo orienta o seu comportamento a partir daquelas expectativas que ele nutre em relação ao comportamento alheio. Isso lhe permite calcular os riscos advindos desse contato e realizar as suas escolhas.

As normas jurídicas estabilizam e garantem as expectativas normativas, que são aquelas que se mantêm contrafaticamente. Elas permitem ao

¹⁴⁵ Gunther Jakobs. *Derecho Penal: parte general; fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 9.

indivíduo, em seus contatos sociais, esperar que o seu interlocutor não assuma comportamentos que lhe causem lesão ou ameaça de lesão a um seu direito.

Ao vender um objeto, o indivíduo pode esperar do comprador o pagamento do preço. Pode esperar, ainda, que o comprador não utilize moeda falsa. Isso reduz a complexidade dos contatos sociais, pois permite aos interlocutores partir de algumas premissas constituídas pelas expectativas normativas.

Ao viver em determinada comunidade, o indivíduo pode orientar o seu comportamento pela expectativa de que ninguém atentará contra a sua vida. Pode também realizar as suas escolhas partindo da expectativa de que ninguém o submeterá à escravidão. Pode se comportar esperando que ninguém o submeterá à tortura.

Em caso de frustração, o Direito atribui uma sanção àquele que, com seu comportamento, lesou o direito alheio e frustrou-lhe as expectativas. Por meio da sanção, o Direito demonstra a todas as pessoas que a falha não estava na expectativa, mas no comportamento contrário a ela. Com isso, o Direito reafirma a vigência daquela expectativa, de modo a prevenir novos comportamentos contrários ao esperado. A pena estabiliza a expectativa frustrada¹⁴⁶.

O comportamento contrário à expectativa normativa constitui uma infração normativa. JAKOBS identifica nessa situação um fato gerador de um

conflito social, à medida que o comportamento lesivo questiona a norma jurídica como modelo de orientação de conduta¹⁴⁷. A pena reafirma a vigência da expectativa frustrada e estabiliza o conflito social.

O Direito Penal cumpre uma função de prevenção geral positiva ao reafirmar as expectativas normativas contrafaticamente. Com isso, diz JAKOBS, a pena protege as condições em que ocorre a interação social¹⁴⁸.

Prevenção geral porque se dirige a todas as pessoas. Prevenção positiva porque não se baseia na intimidação, mas na reafirmação da expectativa normativa estabilizada pela norma jurídica.

JAKOBS acrescenta que a aplicação da pena pode produzir o efeito de intimidar algumas pessoas, levando-as a desistir da prática de crimes por medo, e não pelo reconhecimento da vigência da norma jurídica. Mas o autor adverte que esse será sempre um efeito secundário e que produzi-lo não é função da pena¹⁴⁹.

O que importa ressaltar, para os fins deste trabalho, é a insuficiência conceitual da idéia tradicional de que o Direito Penal assegura a existência de bens jurídicos. A sua imprecisão não permite a correta identificação da função do Direito Penal. Como se disse, ele apenas protege o bem jurídico de ataques específicos, considerados pelo Direito positivo como uma frustração a uma

¹⁴⁶ No sentido do texto, Gunther Jakobs, *idem*, pp. 8-9.

¹⁴⁷ Gunther Jakobs, *idem*, p. 13.

¹⁴⁸ Gunther Jakobs, *idem*, p. 18.

expectativa normativa, *i.e.*, como um questionamento a um modelo de orientação de conduta.

Não é por outro motivo que GUNTHER JAKOBS considere bens jurídicos penais tão somente a expectativa normativa estabilizada pelas normas jurídicas, muito embora reconheça naqueles direitos verdadeiros bens. JAKOBS distingue com precisão o objeto material do crime do bem jurídico-penal¹⁵⁰.

A categoria conceitual da expectativa normativa permite verificar que, nos crimes de tortura, o bem jurídico-penal não é exatamente a integridade física e psíquica, ou mesmo a vida. Estes são os objetos do ataque considerado ilícito, porém o bem jurídico-penal é a norma jurídica – com a expectativa normativa que ela encerra – segundo a qual não se pode submeter alguém à tortura.

O Direito Penal não protege a vida. Afirmá-lo levaria à absurda conclusão de que uma morte natural constituiria uma lesão ao bem jurídico-penal. O Direito Penal protege a expectativa de que ninguém terá a sua vida abreviada por outrem de maneira arbitrária.

Os tratados internacionais em geral e os tratados internacionais contra a tortura em particular confirmam essa tese.

¹⁴⁹ Gunther Jakobs, *idem*, p. 19.

¹⁵⁰ Gunther Jakobs, *idem*, pp. 46-7.

Basta ver que a Convenção Americana de Direitos Humanos, no artigo 4º, que trata do Direito à vida, é expresso ao afirmar que “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida”. Em outras palavras, ela assegura a todas as pessoas a expectativa normativa de que a sua vida será respeitada nos contatos sociais. E mais à frente, a norma jurídica protege a vida de determinados ataques considerados ilícitos, precisamente ao estipular que “Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente” e ao proscrever a pena de morte.

A Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura deixa isso ainda mais evidente. Logo no artigo 1º, ela impõe aos Estados-partes o dever de prevenir e de punir a tortura. Bem jurídico-penal é a expectativa de que ninguém atentará contra a integridade física e psíquica por meio da tortura. Tanto que no artigo 2º a Convenção relaciona, em detalhes, os tipos de ataques à integridade física e psíquica que considera ilícitos, estabelecendo um parâmetro mínimo de proteção às legislações nacionais.

De fato, a Convenção deixa claro que o Direito Penal não visa a assegurar a existência da integridade física, mas sim a prevenir determinados ataques a ela, porquanto o artigo 2º, § 2º, admite a sua violação quando o ataque decorrer “de medidas legais ou inerentes a elas, contanto que não incluam a realização dos atos ou a aplicação dos métodos a que se refere este artigo”.

A Convenção da ONU contra a Tortura adota a mesma técnica: depois de identificar os ataques que considera ilícitos, ela admite lesões à integridade física e psíquica, desde que sejam “conseqüência unicamente de

sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram” (art. 1º, § 1º, última parte).

Nesse contexto é que se pode compreender corretamente a afirmação de GUNTHER JAKOBS, segundo o qual “A sociedade não é uma instituição para a conservação de bens ou para otimizá-los; em realidade, às vezes se sacrificam bens para possibilitar o contato social”¹⁵¹.

A função preventiva geral também pode ser identificada com facilidade nos tratados internacionais de Direitos Humanos. Notadamente naqueles tratados específicos, as convenções sobre Direitos Humanos contêm dispositivos legais que impõem aos Estados o dever de impedir a prática do crime, *i.e.*, de obstar os ataques definidos como ilícitos.

A pena tem a função específica de reafirmar a expectativa normativa frustrada pelo comportamento ilícito. Nem ela nem o Direito Penal são capazes de restabelecer o bem violado¹⁵². Essa consideração põe em relevo a importância da prevenção do crime.

A comunidade internacional reafirmou a sua prioridade na prevenção do delito em geral, e na prevenção da tortura, em particular, por meio do Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotado em Nova York em 18 de dezembro de 2002, na 57ª Sessão da Assembleia Geral da ONU (Resolução

57/199, de 9.1.2003). Como já foi ressaltado no Capítulo I deste trabalho, o Protocolo Facultativo estabelece um sistema de visitas regulares a estabelecimentos de detenção, efetuadas por organismos internacionais e nacionais independentes, sem a necessidade de comunicação prévia ou de obtenção de autorização do Estado-parte, com a finalidade declarada de prevenir os atos de tortura.

A riqueza conceitual da Teoria dos Sistemas permite identificar com precisão a função do Direito Penal. Em contrapartida, percebem-se os enormes riscos gerados para a sociedade quando o cumprimento dessa função é frustrado pela impunidade das violações dos direitos fundamentais.

A manutenção das expectativas normativas é indispensável para a assegurar as condições em que ocorrem as interações sociais. Da sua conservação depende o exercício livre e pleno dos direitos fundamentais. O sistema jurídico é o único que desempenha à sociedade essa função de garantia de expectativas normativas. Impedir que o Direito Penal cumpra a sua função significa suprimir as condições sob as quais os indivíduos podem gozar livremente os seus direitos fundamentais.

A comunidade internacional sempre se mostrou bastante consciente a respeito desse problema. Os riscos gerados pela ineficácia da jurisdição criminal sempre ocuparam espaço privilegiado na agenda político-jurídica internacional.

¹⁵¹ Tradução livre. Gunther Jakobs, *idem*, p. 56.

Não é por outra razão que os tratados, inclusive os tratados contra a tortura, contêm normas jurídicas que impõem aos Estados o dever de investigar, processar e punir, com rigor e eficiência, as violações aos direitos fundamentais. Não é por outra razão que a comunidade internacional, especificamente a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos conferem a maior eficácia possível aos dispositivos legais que impõem esse dever aos Estados-partes¹⁵³.

A impunidade é a negativa desse dever. É a negativa da própria função do Direito Penal. Assim também o entendeu a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso ALMONACID ARELLANO¹⁵⁴:

Los crímenes de lesa humanidad producen la violación de una serie de derechos inderogables reconocidos en la Convención Americana, que no pueden quedar impunes. En reiteradas oportunidades el Tribunal ha señalado que el Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad, que la Corte ha definido como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”. Asimismo, la Corte ha determinado que la investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales.

Os tratados internacionais e a jurisprudência internacional desautorizam, de maneira dura e inequívoca, as teses abolicionistas e as teses despenalizadoras dos crimes cometidos contra os direitos fundamentais.

¹⁵² Gunther Jakobs, *idem*, p. 12.

As normas jurídicas contidas nos tratados internacionais contra a tortura exigem a incriminação, a investigação e a punição célere e rigorosa das violações, inclusive com o encarceramento preventivo do agente, sempre que a liberdade gerar o risco de impunidade (Convenção da ONU contra a Tortura, art. 6º, § 1º).

Os tratados internacionais contra a tortura, além disso, adotam claramente o princípio da proporcionalidade do Direito Penal. Ao relacionar o que considera sérias violações aos direitos fundamentais e exigir a incriminação e a punição severa dessas condutas, os tratados contra a tortura exigem que o Direito Penal dispense tratamentos diferenciados aos diversos tipos de crimes: tratamento severo aos crimes contra os direitos fundamentais, de maior potencial lesivo, e, em conseqüência, tratamento mais brando às condutas menos graves.

Por outro lado, os dispositivos já mencionados, combinados com o artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁵⁵, evidenciam que o princípio da proporcionalidade não pode servir de pretexto para reduzir a eficácia da proteção penal contra ataques aos direitos fundamentais nem pode levar à impunidade dos torturadores.

¹⁵³ As decisões da Comissão Interamericana e da Corte Interamericana de Direitos Humanos foram comentadas no Capítulo I deste trabalho.

¹⁵⁴ Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Almonacid Arellano, sentença de 26.9.2006, § 111.

¹⁵⁵ Diz o artigo 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: “(...); b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados; (...); d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.”

Já foi visto no Capítulo II, que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com fundamento no mencionado artigo 29, estabeleceu que no conflito aparente de normas sobre a proteção de direitos fundamentais há de prevalecer aquela que seja mais favorável à vítima. Essa é também a opinião da doutrina especializada na matéria¹⁵⁶.

Dito de outro modo, a Convenção exige do Direito Penal um compromisso com a proteção dos direitos fundamentais da vítima. Entre uma norma jurídica que leve à impunidade ou a uma punição mais branda do infrator e outra que melhor proteja a vítima, o sistema internacional de proteção de Direitos Humanos impõe a escolha da segunda¹⁵⁷.

A comparação do tratamento jurídico-penal dispensado pelo Direito Penal brasileiro e pelos Direitos Penais estrangeiros contra a tortura demonstra que o Direito brasileiro não cumpriu a obrigação assumida nos tratados da ONU e da OEA de cominar penas severas e adequadas à gravidade da infração¹⁵⁸. As penas previstas na Lei 9.455/97 são brandas e não são, de modo algum, diferentes daquelas cominadas aos crimes previstos no Código Penal. Ao contrário, em alguns casos são até mais leves do que aquelas cominadas a alguns delitos patrimoniais.

¹⁵⁶ Cfr. Capítulo II.

¹⁵⁷ É importante não confundir o princípio da norma mais favorável à vítima com o princípio do *in dubio pro reo*. O primeiro constitui um critério, estabelecido nos tratados internacionais, de solução de conflito aparente de normas. O segundo princípio diz respeito ao ônus da prova e serve de orientação ao juiz na solução das questões de fato. Logo, não há conflito possível entre esses princípios.

¹⁵⁸ Cfr. Capítulo II.

Isso demonstra como o princípio da proporcionalidade é mal compreendido e mal-aplicado no Brasil, e como esses desvios podem produzir o efeito que aquele princípio pretende combater: a violação de direitos fundamentais. Ou seja, a pretexto de “reduzir a violência estatal”, reduz-se a eficácia da proteção aos direitos fundamentais.

Em suma, longe de ser um instrumento de opressão, o Direito Penal exsurge dos tratados internacionais de Direitos Humanos, notadamente dos tratados contra a tortura, como uma instância indispensável de defesa dos direitos fundamentais contra determinadas agressões consideradas ilícitas. Os tratados internacionais exigem do Direito Penal o cumprimento de uma função nitidamente preventiva e a Teoria dos Sistemas fornece os instrumentos conceituais necessários para descrever essa função com precisão.

CONCLUSÕES

1. Uma das primeiras conseqüências a ressaltar no processo de formação do sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos é a mudança de paradigma ocorrido com a positivação, em âmbito universal, de normas de conteúdo humanitário: a proteção dos direitos humanos deixou de ser vista como uma questão de exclusivo interesse doméstico dos Estados, que também foram obrigados a rever o conceito clássico de soberania absoluta, consolidado ao longo do processo de formação dos Estados nacionais.

O Direito Internacional Público também se alterou profundamente: deixou de ser o Direito das Relações entre os Estados, para reconhecer às pessoas a existência de direitos universais e criar-lhes mecanismos para a sua implementação e defesa. Com isso, o Direito Internacional Público ampliou o seu objeto para a proteção da pessoa humana, transcendendo os interesses exclusivos dos Estados.

2. As terríveis experiências da 2ª Guerra Mundial demonstraram que a proteção do indivíduo baseada na cidadania era absolutamente insuficiente para impedir as graves violações que se seguiram ao início dos conflitos, já que a cidadania podia ser cassada pela vontade do próprio Estado violador.

A sistemática adotada pela Alemanha nazista para segregar, deportar e exterminar judeus, ciganos e opositores políticos demonstrou que a proteção dos direitos fundamentais, para ser eficiente, haveria de decorrer da

própria condição humana, não da condição de cidadão. Em suma, os direitos fundamentais derivam da dignidade inerente a todo ser humano.

3. Ao lado do sistema global de proteção internacional dos direitos humanos, a segunda metade do século XX viu surgir os sistemas regionais de proteção internacional desses mesmos direitos. Trata-se dos sistemas europeu, americano e africano, cada qual com os seus tratados gerais e específicos de proteção dos direitos fundamentais em âmbito internacional.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Convenção da ONU contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, para citar alguns dos tratados mencionados ao longo dos trabalhos, pertencem a esse contexto histórico. São, a um só tempo, resultado e componente do sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos. São o resultado do sistema político internacional e constituem a rede normativa internacional de proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana.

4. As convenções da ONU e da OEA contra a tortura fornecem aos Estados-partes um parâmetro mínimo de proteção ao direito fundamental de qualquer pessoa de não ser submetida à tortura. Os Estados-partes se comprometeram, no exercício da sua soberania, a adotar esses parâmetros nos seus respectivos Direitos internos.

A definição dos atos de tortura, o princípio da inderrogabilidade da proibição de torturar, a proibição de expulsar, devolver ou extraditar uma pessoa para um Estado em que ela corra o perigo de ser submetida à tortura, a vedação à utilização como prova de uma declaração obtida mediante tortura, a menos que seja utilizada como prova da responsabilidade do torturador, entre outras normas jurídicas, compõem aqueles parâmetros mínimos de proteção a obrigar e a vincular a atuação jurídico-política dos Estados-partes.

Essas disposições normativas teriam pouca eficácia se não fossem outras três normas, de natureza instrumental, a vincular os Estados-partes: (i) a obrigação de incriminar, no Direito interno, os atos de tortura, inclusive os atos de tentativa, (ii) a obrigação de manter um sistema eficiente de recebimento de queixas, em sentido *lato*, de prática de tortura, e (iii) a obrigação de realizar investigações imediatas e imparciais de notícias de tortura ocorrida em seu território e de punir os seus responsáveis com penas severas e adequadas à gravidade do crime.

As convenções internacionais contra a tortura criam para os Estados obrigações negativas e positivas. De um lado, os Estados têm o dever de se abster, *i.e.*, de não violar os direitos fundamentais, como por exemplo, impedir que seus agentes torturem; de outro lado, têm a obrigação de agir para assegurar que todas as pessoas exercitem livre e efetivamente os seus direitos: devem, por exemplo, promover o treinamento e a educação dos seus agentes públicos para que aprendam a respeitar direitos e, uma vez ocorrida a violação, empreender

todos os esforços possíveis para que os responsáveis sejam investigados, acusados, condenados e efetivamente punidos pelos delitos.

5. Os deveres de proceder a investigações sérias, imediatas e imparciais e de processar e punir os responsáveis pelas violações de direitos humanos com sanções severas e adequadas à gravidade do delito, as quais sejam verdadeiramente efetivas para coibir a impunidade e prevenir a repetição do crime, são bastante caros aos organismos internacionais de monitoramento.

No sistema regional americano, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos têm sido implacáveis com os Estados que deixam de exercer a sua jurisdição criminal ou que a exercem de maneira parcial, simplesmente formal e burocrática, já de antemão destinada a proteger o criminoso e a lhe assegurar a impunidade.

São diversos os precedentes, tanto na Comissão como na Corte, em que os Estados, inclusive o brasileiro, foram responsabilizados pelas violações de direitos humanos porque não aprimoraram o seu sistema de recebimento de queixas, não garantiram às vítimas o acesso a medidas judiciais simples e eficientes para fazer valer os direitos reconhecidos nos tratados, não procederam a investigações sérias, imediatas e imparciais sobre os agravos aos direitos fundamentais nem exerceram com imparcialidade e efetividade a sua jurisdição.

6. A jurisprudência internacional da Comissão Interamericana e da Corte Interamericana de Direitos Humanos empresta o máximo de eficácia ao

artigo 1º da Convenção Americana de Direitos Humanos, que impõe aos Estados-partes o dever de garantir a toda pessoa o livre e pleno exercício dos direitos nela reconhecidos. Esse dever vai muito além da mera obrigação de adotar disposições de Direito interno para fazer valer aqueles direitos.

Significa que os Estados têm o dever de efetivamente prevenir a ocorrência das violações aos direitos fundamentais. Quando isso não for possível e o dano ocorrer, esse dever de garantia implica a obrigação de repará-lo especificamente por meio de investigações e processos sérios, efetivos e imparciais e de punições severas e adequadas à gravidade do crime.

A Comissão e a Corte consideram que as vítimas das violações têm o direito fundamental a um devido processo legal, que lhes assegure a investigação do ilícito e o processo e a punição dos seus responsáveis, como forma específica de reparação das violações, sem prejuízo da compensação econômica.

Trata-se de uma lição a ser aprendida pelo Direito Penal brasileiro e sua doutrina, cujos estudos de vitimologia ainda são pouco significativos: a investigação e a punição severa dos responsáveis pelos crimes contra os Direitos Humanos são um direito fundamental das vítimas, que podem fazê-lo valer perante a Comissão Interamericana por meio do mecanismo das petições individuais.

E mais: a investigação e a punição dos autores do crime constituem o devido processo legal a que toda vítima, ou sua família, tem direito. Em outras palavras, o devido processo legal não é direito fundamental apenas do réu; ei-lo também garantido às vítimas – e familiares de vítimas – de tortura e de outras graves violações de direitos fundamentais, tais como homicídio, seqüestro, terrorismo, genocídio, escravidão, discriminação racial, étnica ou social etc.

7. A Constituição Federal brasileira de 1988 se inspirou claramente na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 5º), no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 7º) e na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 5º, § 2º) ao dispor, no artigo 5º, III e XLVII, alínea e, que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” e que “não haverá penas (...) cruéis”.

Influenciaram-na também os tratados internacionais da ONU e da OEA contra a tortura, especificamente naquilo que diz respeito à exigência de punição rigorosa dos suplícios, posto que a Constituição brasileira equiparou a tortura aos crimes hediondos e determinou ao Congresso Nacional que regulamentasse a matéria por meio de lei ordinária (CR 5º XLIII).

Com relação ao dever de exercer a jurisdição criminal sobre os atos de tortura, a Constituição brasileira adotou a proibição de concessão de anistia ou de graça aos autores do delito de tortura (CR 5º XLIII), alinhando-se com os tratados internacionais e com as cortes e comissões internacionais, que consideram atentatórias ao sistema internacional de proteção dos Direitos

Humanos quaisquer normas jurídicas, inclusive as decisões judiciais, tendentes a impedir a apuração das notícias de tortura e a punição dos seus responsáveis.

Influenciaram-na, ainda, no artigo 1º, III, que adota a dignidade humana como princípio fundamental da República brasileira e do seu Estado Democrático de Direito, e também no artigo 4º, II, III, VIII, IX e X, que têm na dignidade humana o seu fundamento político.

8. Os tratados internacionais de Direitos Humanos são incorporados ao Direito interno no momento da sua ratificação. Eles passam a vigorar para o Brasil no âmbito internacional e no plano interno simultaneamente, a partir do ato de ratificação e de depósito do respectivo instrumento junto à autoridade internacional competente. A Constituição Federal adotou o princípio da incorporação automática dos tratados internacionais de Direitos Humanos.

Quanto ao nível hierárquico dos tratados internacionais de Direitos Humanos no Direito brasileiro, a Constituição da República lhes confere regime jurídico de norma constitucional, muito embora não seja esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

O § 3º, acrescentado ao artigo 5º da Constituição Federal pela Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004, obrigará o Supremo Tribunal Federal a rever a sua posição, já que deixa evidente que os direitos fundamentais reconhecidos e garantidos em tratados internacionais têm importância constitucional e regime jurídico diverso daquele dos tratados tradicionais,

baseados no princípio da reciprocidade. É inegável, no entanto, que a norma em questão lança uma sombra de dúvida a respeito dos tratados de Direitos Humanos firmados e ratificados pelo Brasil antes de 30 de dezembro de 2004.

9. A legislação penal infraconstitucional brasileira começou a se modificar para incriminar a tortura somente após a ratificação dos tratados internacionais da ONU e da OEA contra a tortura. Adotou algumas medidas no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei dos Crimes Hediondos, mas só veio a incriminar os atos de tortura por meio de lei específica em 7 de abril de 1997, com a promulgação da Lei 9.455.

Apesar do tempo levado para isso, a legislação penal brasileira não correspondeu integralmente àqueles parâmetros mínimos de proteção estabelecidos nos tratados internacionais contra a tortura, com os quais o Estado brasileiro se havia comprometido pela via do consenso.

Os parâmetros mínimos estabelecidos pelas convenções internacionais contra a tortura dizem respeito ao conceito de tortura, às condutas a serem incriminadas, às penas a serem cominadas, à forma de receber as notícias de violação, ao modo de se proceder para investigar, acusar e punir os atos de tortura, às hipóteses em que o Estado-parte há de exercer a sua jurisdição penal etc.

O Direito Penal brasileiro como um todo, e a Lei 9.455/97 em particular, são omissos em relação aos deveres de prevenir e punir a tortura, os

quais foram assumidos pelo Brasil perante a comunidade internacional e incorporados ao seu Direito Constitucional no momento da ratificação daqueles tratados.

Em muitos pontos, a lei penal brasileira é inconstitucional por omissão. Não atende aos parâmetros internacionais no que diz respeito à definição de alguns atos de tortura: omitiu-se quanto a algumas formas de discriminação – como, p.ex., o preconceito social –, e nada disse sobre as finalidades de coação e de intimidação que não visem a provocar ação ou omissão criminosas.

Com relação às penas cominadas, não sancionou os atos de tortura com o rigor exigido pelo Direito internacional. As penas são leves, às vezes iguais ou mais brandas que aquelas previstas para crimes comuns tipificados no Código Penal brasileiro, e estão longe de serem proporcionais a um crime contra a Humanidade, como o é o delito de tortura. O Congresso Nacional possuía parâmetros bastante objetivos para estabelecer a punição, fornecidos pelo Direito comparado e, sobretudo, pelo Estatuto de Roma, que tipifica e sanciona os crimes da competência do Tribunal Penal Internacional, reconhecido pelo Estado brasileiro. Preferiu ignorá-los e sancionar os graves crimes da Lei 9.455/97 com penas pífias.

No caso do crime omissivo previsto no artigo 1º, § 2º, o Congresso Nacional cumpriu a determinação da Constituição Federal e dos tratados internacionais e incriminou a conduta daquele que se omite quando tinha o dever

de evitar o crime de tortura ou de apurá-lo. Sancionou o comportamento, no entanto, com penas diferenciadas, mas para beneficiar o torturador.

A lei penal brasileira fez pouco caso da gravidade da omissão dos superiores hierárquicos no cumprimento do dever de impedir o crime ou de adotar as providências necessárias para que ele fosse investigado. A punição do delito omissivo com pena de detenção tem o nítido propósito de evitar a prisão das autoridades públicas coniventes com os crimes dos seus subordinados: veda-lhes a prisão preventiva e impede que iniciem o cumprimento da punição em regime fechado.

A legislação penal brasileira também se distancia dos tratados internacionais contra a tortura no que diz respeito à previsão da jurisdição universal. A Lei 9.455/97 não o faz em absoluta conformidade com as Convenções da ONU e da OEA, pois não estabelece a jurisdição das autoridades brasileiras quando o crime for cometido por brasileiro fora do território nacional.

O único assunto em que o Direito Penal brasileiro ampliou a proteção, para incrementá-la, foi aquele em que a Lei 9.455/97 excluiu a natureza do agente do conceito de tortura, para incriminar também os atos dos particulares.

10. Os tratados internacionais de Direitos Humanos em geral, e as Convenções contra a Tortura em particular, contêm normas jurídicas que obrigam os Estados-partes a respeitar os direitos fundamentais e a garantir o seu livre e pleno exercício. Também obrigam os Estados a introduzir em seu direito positivo

interno disposições normativas tendentes a prevenir-lhes violações e a repará-las especificamente na hipótese de o dano vir a ocorrer. Os Estados-partes também se obrigam a adotar providências de natureza administrativa para garantir ao indivíduo o exercício dos seus direitos.

A tutela da pessoa humana contra determinadas agressões como um fim do Direito Internacional Público e dos Direitos nacionais estabelece um paradigma de deslegitimação dos tipos penais que visem apenas a proteger o Estado ou um governo como um fim em si mesmo.

11. O dever dos Estados-partes de respeitar os direitos fundamentais e de garantir o seu livre e pleno exercício não é apenas negativo, não se limita a um dever de abstenção. Os tratados internacionais de Direitos Humanos impõem aos Estados-partes o dever de agir para assegurar a todo ser humano o exercício livre e pleno dos seus direitos fundamentais, prevenindo-lhes o dano e assegurando-lhes a reparação quando for necessário.

O Direito Penal é parte essencial na consecução dessa tarefa. Os tratados internacionais de Direitos Humanos, notadamente aqueles específicos sobre algum tema, impõem aos Estados-partes o dever de incriminar, no seu direito interno, as condutas que violam os direitos fundamentais de que cuidam. Ainda impõem aos Estados o dever de assegurar instrumentos eficientes e adequados ao recebimento de queixas de violações, de proceder a investigações imediatas e independentes, de processar os responsáveis pelos delitos e de puni-

los com efetividade, aplicando-lhes penas severas e adequadas à prevenção do ilícito.

12. No Brasil, o ponto de inflexão da perspectiva da Política e do Direito em favor da pessoa humana é a Constituição Federal de 1988, que sofreu forte influência política dos tratados que compõem o sistema internacional de proteção dos direitos fundamentais.

13. Os tratados internacionais de Direitos Humanos, especialmente as Convenções contra a Tortura, exigem do Direito Penal o cumprimento de uma função nitidamente preventiva de comportamentos lesivos.

Ao exigirem dos Estados-partes a incriminação do comportamento de torturar, a investigação imediata e imparcial e a punição severa, efetiva e diferenciada daqueles que infligem tormentos, os tratados de direitos humanos sobre a tortura põem em evidência a absoluta inadequação das teorias abolicionistas para a tutela de direitos fundamentais, como também demonstram a insuficiência e o desacerto das teses que apregoam a extinção ou o abrandamento das penas privativas de liberdade para as graves violações de direitos humanos.

O dever de punir, e de punir com eficiência e rigor, ocupa uma posição central nos tratados de direitos humanos em geral, e nos tratados contra a tortura em particular.

A impunidade da tortura e dos torturadores constitui uma grave violação do direito fundamental ao devido processo legal, que inclui o direito à reparação específica consistente na investigação, processo e punição dos responsáveis pelo crime.

As incriminações e as punições exigidas nos tratados internacionais contra a tortura e no sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos deixam claro que o Direito Penal há de estabelecer punições para proteger a pessoa humana contra determinados ataques aos seus direitos fundamentais.

14. A função do Direito é a de garantir as expectativas normativas ao longo do tempo, ainda que elas sejam contrariadas pelos fatos. O Direito não satisfaz tais expectativas; ele apenas assegura a sua manutenção ao longo do tempo, mesmo quando os fatos tendem a contrariá-la.

O sistema parcial do Direito é o único que desempenha essa função à sociedade. É esta a função que diferencia a comunicação jurídica da comunicação dos demais subsistemas sociais.

Por meio da aplicação da pena o Direito indica aos indivíduos que a expectativa normativa se mantém, mesmo contra a realidade do comportamento ilícito. A pena reafirma a expectativa normativa em caso de desilusão.

15. O Direito Penal cumpre uma função de prevenção geral positiva ao reafirmar as expectativas normativas contrafaticamente.

O Direito Penal protege o bem jurídico de ataques específicos, considerados pelo Direito positivo como uma frustração a uma expectativa normativa, *i.e.*, como um questionamento a um modelo de orientação de conduta.

A pena tem a função específica de reafirmar a expectativa normativa frustrada pelo comportamento ilícito. A importância de se prevenir o crime advém da constatação de que nem a pena nem o Direito Penal são capazes de restabelecer o bem violado pela agressão ilícita.

16. A manutenção das expectativas normativas é indispensável para a assegurar as condições em que ocorrem as interações sociais. Da sua conservação depende o exercício livre e pleno dos direitos fundamentais. O sistema jurídico é o único que desempenha à sociedade essa função de garantia de expectativas normativas. Impedir que o Direito Penal cumpra a sua função significa suprimir as condições sob as quais os indivíduos podem gozar livremente os seus direitos fundamentais.

Os tratados internacionais de Direitos Humanos identificam nos direitos fundamentais de que cuidam os bens jurídicos dignos da proteção jurídico-penal e fornecem ao Direito Penal interno o rol dos bens a proteger contra determinadas agressões, fazendo-o sem prejuízo da Constituição nacional. Esses tratados complementam a Constituição e reforçam a proteção dos direitos fundamentais do indivíduo.

Os tratados internacionais de Direitos Humanos exigem do Direito Penal interno a garantia das expectativas normativas, que toda pessoa humana possui de que não será sujeito de violações.

A história da Humanidade demonstrou que os sistemas nacionais de Direito Penal nem sempre são independentes o suficiente para proteger o indivíduo de determinadas agressões, razão pela qual o sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos, por meio dos tratados internacionais ratificados pelos Estados-partes, estabelece parâmetros mínimos de proteção a serem seguidos e implementados pelos respectivos Direitos internos.

A correta compreensão da função sistêmica que os tratados internacionais de Direitos Humanos exigem do Direito Penal leva à inarredável conclusão de que a aplicação das normas jurídicas contidas nas convenções internacionais não pode conduzir à impunidade dos crimes contra os direitos fundamentais nelas reconhecidos e protegidos. Isso significaria a própria negação da função do Direito Penal e dos objetivos do sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos.

Longe de ser um instrumento de opressão, o Direito Penal exsurge dos tratados internacionais de Direitos Humanos, notadamente dos tratados contra a tortura, como uma instância indispensável de defesa dos direitos fundamentais contra determinadas agressões consideradas ilícitas.

As Convenções contra a Tortura exigem do Direito Penal um compromisso com a proteção dos direitos fundamentais da vítima. Entre uma norma jurídica que leve à impunidade ou a uma punição mais branda do infrator e outra que melhor proteja a vítima, o sistema internacional de proteção de Direitos Humanos impõe a escolha da segunda.

Bibliografia consultada

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALVARENGA, Maria Zélia de; DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. O Direito de morrer a própria morte. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público*, vol. I, n° 1, jan./jun. 2001, pp. 37-57. São Paulo: Imprensa Oficial, 2001.

ANISTIA INTERNACIONAL. *Aqui ninguém dorme sossegado: violações dos direitos humanos contra detentos*. São Paulo, Porto Alegre: Seção brasileira da Anistia Internacional, 1999.

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Trad. de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

BARCELLOS, Caco. *Rota 66: a história da Polícia que mata*. 3ª ed., São Paulo: Globo, 1992.

_____. *Abusado: o dono do Morro Dona Marta*. Rio de Janeiro: Record, 2003.

BERARDO, Telma. *Soberania e Direitos Humanos: reconceituação com base na dignidade da pessoa humana*. Dissertação de Mestrado. PUC-SP, 2003.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: RT, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. 11ª ed., Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Diritto e potere: saggi su Kelsen*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.

- _____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- _____. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (ed.). *A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro*. San Jose de Costa Rica-Brasília: IIDH, ACNUR, CIVIC, CUE, 1996.
- CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (org.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: RT, 2000.
- COIMBRA, Mário. *Tratamento do Injusto Penal da Tortura*. São Paulo: RT, 2002.
- COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Relatório sobre a tortura no Brasil*. Genebra, 2001.
- DE GIORGI, Raffaele. *Scienza del diritto e legittimazione*. Lecce: Pensa, 1998.
- _____. Luhmann e a teoria jurídica dos anos 70. Trad. de Luiz Fernando Mussolini Júnior. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999.
- DORFMAN, Ariel. *O longo adeus a Pinochet*. Trad. de Rosa Freire d'Aguiar. São Paulo: Cia. das Letras, 2003.

- FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale*. Roma-Bari: Laterza, 1998.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Apresentação. In: LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.
- FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos: notas sobre a Lei 8.072/90*. 3ª ed. rev. amp., São Paulo: RT, 1994.
- GASPARI, ELIO. *As ilusões armadas: a ditadura envergonhada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- _____. *As ilusões armadas: a ditadura escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- GORENDER, Jacob. *Combate nas Trevas: a esquerda brasileira – das ilusões perdidas à luta armada*. 2ª ed., São Paulo: Ática, 1987.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição*. 2ª ed., São Paulo: Celso Bastos, 2002.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.
- JACKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons Ediciones Juridicas, 1997.
- _____. *A imputação objetiva no Direito Penal*. Trad. de André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2000.
- JUNQUEIRA, Gustavo. *Finalidades da pena*. Barueri: Manole, 2004.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. 6ª ed., Coimbra: Arménio Amado, 1984.

- _____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia. das Letras, 1988.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 4ª ed. rev. atual. ampl., São Paulo: RT, 2000.
- LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Trad. provisória de Javier Torres Nafarrate. [s.l.], [s.d.]. Lido no original digitado, 497 pp.
- _____. *Sociologia do Direito*. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, vol. I.
- _____. *Sociologia do Direito*. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, vol. II.
- _____. *La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1990.
- LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. 7ª ed., Milano: Franco Angeli, 1995.
- MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1997.
- _____. *Direito Constitucional*. 6ª ed. rev. ampl. atual., São Paulo: Atlas, 1999.
- PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2001.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- _____. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

- PROJETO BRASIL: NUNCA MAIS. *Brasil: nunca mais*. 3ª ed., Petrópolis: Vozes, 1985.
- RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Manual da monografia jurídica*. 2ª ed. rev. amp., São Paulo: Saraiva, 1999.
- ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. 3ª ed., Lisboa: Vega.
- SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992.
- _____. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1995.
- SNICK, Valdir. *Tortura*. São Paulo: Leud, 1998.
- SOUZA, Percival de. *Autópsia do medo: vida e morte do delegado Sérgio Paranhos Fleury*. São Paulo: Globo, 2000.
- TOLEDO, Francisco de Assis. Sobre o crime de tortura na recente Lei 9.455/97. *Justiça Penal 5: tortura, crime militar, habeas corpus*. PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). São Paulo: RT, 1997.
- VARELLA, Drauzio. *Estação Carandiru*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- VERDUGO, Patrícia. *A Caravana da Morte*. Trad. de Márcia Cavalcanti. Rio de Janeiro: Revan, 2001.