

## Lei contra tortura: uma análise sócio-jurídica

*Heitor de Carvalho Pagliaro*

### **Introdução**

Museus expõem sombrias máquinas e ferramentas que auxiliavam a prática da tortura no passado, aguçando a imaginação de quem as vê. No entanto, a tortura sobrevive fora dos museus, revestida de formas dissimuladas, suaves ou não. Como bem observa o antropólogo Ladislao Thot, muitas vezes o que se crê superado, freqüentemente apenas se transmutou, mudou de aparência, permanecendo o sentido.

A história da tortura, consoante Glauco Mattoso [1], é dividida em três fases. A primeira consiste nos ritos tribais da barbárie pré-clássica. A segunda, por sua vez, é a fase institucional, das tiranias e impérios antigos, medievais e modernos. A última se trata da fase clandestina, das ditaduras e repúblicas contemporâneas.

Como foi dito, a tortura não está restrita a museus, sua história ainda está sendo escrita. A Comissão de Direitos Humanos e Minorias, em audiência pública realizada em 2007, concluiu que a tortura é realidade diária no Brasil. Trata-se de um tema popular, não mais adstrito ao ambiente acadêmico, tanto que o polêmico filme *Tropa de Elite*, independente de sua posição ideológica, retratou-a no dia-a-dia policial.

Tema recorrente na legislação brasileira, a tortura é conteúdo de normas jurídicas há mais de um século.

Em 1824, ela foi proibida por lei no Brasil. Todavia, é importante salientar que a lei protegia somente os cidadãos. Os escravos estavam fora dessa proteção, pois eram considerados coisas, comerciáveis, bens de consumo. Somente em 1888, com a abolição legal (formal) da escravatura, os negros obtiveram *status* jurídico de cidadãos e passaram a gozar de proteção da lei [2]. Mesmo assim, o costume subsistiu *contra legem*.

A Constituição Federal de 1988, no texto do art. 5º, inc. XLIII, prescreveu que são inafiançáveis e insusceptíveis de graça e anistia os crimes de tráfico de drogas, terrorismo e os considerados hediondos. Trata-se de uma norma programática. Era necessário a elaboração de lei especial para definir *crime hediondo*, o que foi feito na lei 8.072/90, que abarcou a tortura no rol dos crimes hediondos.

No entanto, ainda não havia uma figura penal definindo a tortura. Isso só ocorreu em 1997 (diga-se de passagem, nove anos após a promulgação da Constituição), na lei 9.455.

Como a norma jurídica não é auto-executável, tampouco auto-explicável, é de *per si* evidente a imprescindibilidade da atividade interpretativa. Esta pode se dar, além da análise técnica, sob uma perspectiva retrospectiva, quando o hermeneuta volta os olhos ao passado, buscando identificar tanto as circunstâncias nas quais a lei foi editada e a intenção do legislador, quanto as influências filosóficas que formam a base ideológica da norma.

Destarte, analisar-se-á a Lei Contra Tortura, do ponto de vista sócio-jurídico.

### **Lei Contra Tortura: um passo na redemocratização brasileira**

O período da ditadura militar brasileira – 1964 a 1985 – simbolizou um golpe contra a democracia. Todo obstáculo à manutenção da ordem posta pelos militares era pressuposto para uso da força.

A Lei Contra Tortura, de 1997, significou um passo no sentido da redemocratização brasileira. Comumente, um período pós-ditadura tende a negar o passado recente, exaltando a liberdade. O excesso costuma ser correspondido por uma mudança radical no sentido oposto [3].

Enquanto se distancia das idéias reinantes no governo militarista, a lei 9.455/97 se aproxima da filosofia de Cesare Beccaria – século XVIII. Para ele, a tortura é uma barbárie que remonta a épocas nas quais o Direito carecia de racionalidade e humanidade. Em sua obra *Dos Delitos e das Penas*, denunciou a ilegitimidade da tortura, seja como método investigativo ou como pena.

Paralelamente, a doutrina contemporânea também considera essa prática ilegítima. O criminalista argentino Eugenio Raul Zaffaroni, considerando o Direito como uma forma de controle social, traça quatro diretrizes básicas relativas à intervenção estatal na sociedade por meio do Direito Penal [4]: a) o Estado não pode pretender impor uma moral, porque o mérito moral surge da livre escolha, que só pode ser moral, quando se tem a opção de escolher o imoral; b) o Estado deve reconhecer um âmbito de liberdade moral aos indivíduos, possibilitando, dessa forma, a conduta moral de seus cidadãos; c) as penas não podem recair sobre condutas que são justamente o exercício da autonomia moral, que a constituição e as leis garantem, mas sim sobre as condutas que ferem esse princípio; d) a pena não pode cumprir função de castigo e expiação, o que teria um sentido moral, mas sim uma função garantidora dos bens jurídicos. Como se pôde notar, é evidente que a tortura viola a autonomia moral do cidadão, tolhendo-lhe a liberdade.

Não se pode negar que, como documento formal, a lei em estudo representa um avanço na legislação brasileira e demonstra evolução da cultura jurídica do país, atenta às exigências da doutrina clássica e de vanguarda.

Mas, por outro lado, deve ser ponderada a questão da efetividade. Norberto Bobbio, um expoente da filosofia política do século XX, afirma que o grande desafio não é mais a conquista de direitos, mas sim a efetividade.

É claro que no caso de uma lei jurídica recente, existirá, inicialmente, uma disparidade entre o texto legal e a realidade social, na medida em que a norma jurídica, por vezes, significa uma esperança de tempos melhores. Isso é decorrência do próprio mecanismo e finalidade da norma. Por isso dizer que ela é ao mesmo tempo retrospectiva e prospectiva, pois enquanto surge de fatos e idéias do passado, projeta-se ao futuro, apresentando-se como uma promessa de harmonização da convivência social.

Todavia, fato é que a tortura ainda sobrevive na clandestinidade, tanto a privada quanto a praticada por funcionário público. Quanto a este último caso, é oportuno resgatar algumas idéias de Hans Kelsen [5]. Para ele, a violação do Direito ultrapassa a autorização ou competência conferida pelo Direito a um órgão do Estado. Portanto, se um servidor público comete um ato ilícito (tortura, no caso), ele não estará agindo como Estado, uma vez que violar o Direito não está nas atribuições de sua função. Sendo assim, com rigor científico, não se pode falar em tortura *pública* ou *estatal*.

Esta existia no período ditatorial, autorizada pela autoridade política. A tortura foi institucionalizada. A questão é que havia uma confusão entre duas categorias: a força e a violência. Aquela é decorrência da natureza do Direito, como ordem social coercitiva, é necessária para a tutela dos bens jurídicos dos cidadãos. A violência, por sua vez, é irracionalidade fria e selvagem. Com o monopólio do *jus puniendi*, o Estado se reservou o uso da força. Portanto, ela é legal, constitucional. Mas a violência é antijurídica. Tortura é violência.

### **Legitimação da Tortura sob o Pretexto da Segurança Pública**

O grande problema é que, na ditadura, a tortura foi legitimada sob o pretexto da “segurança pública”, da manutenção da ordem. No contexto de resgate da democracia, é perigoso que o Estado, no intuito de impedir que se repitam as atrocidades cometidas no período anterior, também adote medidas drásticas para implantar a nova ordem.

O perigo aumenta quando, paralelamente ao processo de consolidação democrática, surge o contexto de criminalidade urbana no país. Esta, de forma geral, é decorrência do crescimento desorganizado das grandes cidades, acompanhado da falta de estruturação adequada e a abismal desigualdade social. Não obstante, é claro que a mídia contribui indubitavelmente para incutir um clima de pavor na população, dada a natureza (policial e sensacionalista) predominante de seus noticiários.

A reação da população a esse contexto é o clamor público por um Direito Penal rigoroso de resposta rápida. Um fato que demonstra isso com evidência é a exaltação do Estado-policial, atualmente propalado.

Enquanto há algumas décadas as forças armadas exerciam grande prestígio, numa época em que o inimigo era externo, atualmente é a polícia que detém maior poder e respeito perante a sociedade, na medida em que o inimigo atual é interno: a criminalidade urbana.

Se o Estado atende ao chamado da sociedade e adota políticas criminais rigorosas de resposta rápida, há um enorme risco de se legitimar medidas mais austeras do que as da época ditatorial, que, paradoxalmente, violem valores democráticos.

A lei 9.455/97 é expressão do processo de redemocratização brasileira. Uma reação ao contexto de alto índice de criminalidade, que induz o povo a clamar por maior dureza nas leis.

## **Conclusão**

A Lei Contra Tortura representa uma vitória da racionalidade e uma humanização do Direito Penal. É um rompimento com o passado recente da institucionalização da barbárie. Contudo, é também um elemento integrante do contexto de endurecimento da política criminal brasileira.

A criminalidade nos grandes aglomerados urbanos, somado ao comportamento da imprensa que incute um estado de terror por meio de seus noticiários (vendedores da desgraça alheia), provoca a sensação de medo na população, que responde com o clamor público por uma maior dureza do sistema penal.

Enquanto em alguns países europeus se discute o abolicionismo e a intervenção mínima, o Brasil e grande parte da América Latina segue a tendência do embrutecimento das penas.

As leis duras são úteis num primeiro momento, segundo Cesare Beccaria. Posteriormente, na medida em que ocorre a evolução moral e a conscientização cívica dos cidadãos, elas vão se tornando, gradualmente, desnecessárias. Quando o Direito Penal é brando, resta mais liberdade aos indivíduos. Triste é o caso de uma nação que necessite de um sistema penal severo.

O princípio jurídico-penal da intervenção mínima exige que o Direito Penal intervenha o mínimo necessário na sociedade. *Summum jus, summa injuria*, este brocardo romano já cristaliza a idéia de que quanto mais o direito intervém, mais tolhe as liberdades individuais.

O bem mais importante para o homem é a liberdade. O Direito pressupõe a liberdade dos cidadãos, mesmo quando criminaliza certas condutas. Isso fica mais claro nas idéias de Miguel Reale [6]; segundo ele, a norma jurídica, enquanto afirma a objetividade de um dever, prescrevendo um comando, salvaguarda a subjetividade de um poder, pressupondo e garantindo a liberdade do destinatário da norma. A vida sem liberdade sequer é vida.

A tortura nega a liberdade do homem. Contradiz, portanto, o próprio Direito. É antinatural. Um produto da frieza e da selvageria. Não trata o homem como um fim em si mesmo, mas

o coisifica, utilizando-o como meio, violando, assim, a rígida ética kantiana. Trata-se de uma manifestação do despotismo humano, da ânsia de poder. A necessidade de domínio do homem sobre a natureza e sobre o seu semelhante é histórica. A tortura é expressão do ímpeto sádico de subjugar o outro, impondo superioridade. Enfim, uma conduta carecente de qualquer legitimidade ética, que não pode ser institucionalizada pelo Estado, tampouco tolerada pela impunidade.

Marquês de Beccaria, por meio da ironia (o humor fino dos sábios), explica qual seria a lei que autorizaria a tortura: “Homens, resisti à dor. A natureza dotou-vos de um amor invencível ao vosso ser, e o direito inalienável de vos defenderdes; porém desejo criar em vós um sentimento totalmente diverso; quero inspirar-vos um ódio a vós esmos; ordeno-vos que sejais vossos próprios acusadores e finalmente digais a verdade em meio a torturas que vos partirão os ossos e dilacerarão os vossos músculos”. [7]

O problema da tortura é histórico e cultural. É evidentemente complexa a solução de uma questão dessa envergadura. A política criminal não pode se valer somente do Direito como instrumento de coibição, mas deve atuar juntamente com outros setores do Estado para que se atinja um nível razoável de efetividade.

Esta é uma questão que, no entendimento de Ada Pellegrine [8], depende menos de reformas legislativas do que da postura mental dos operadores do sistema. Quando não se verifica a efetividade de uma norma, pode-se dizer, utilizando-se expressão de Miguel Reale [9], que ela carece de *validade social*. No mesmo sentido, Kelsen [10] compreende que a validade de uma lei é dependente de sua eficácia, entendendo esta como a verificação no mundo do ser, dos comandos de dever ser contidos na norma.

A Lei 9.455 não encerra seu sentido num mero enunciado formal. Ela nasceu para transformar a sociedade humana.

## **Bibliografia**

BECCARIA, Cesare, *Dos Delitos e das Penas*, São Paulo: Martin Claret.

KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, 2ª ed., 1987, São Paulo: Martins Fontes.

MATTOSO, Glauco. *O que é tortura*. São Paulo: Nova Cultural, Brasiliense, 1986.

PLATÃO, *A República*, São Paulo: Martin Claret.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS, Marcos André Couto. *A efetividade das normas constitucionais: as normas programáticas e a crise constitucional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 204, 26 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4731>>. Acessado em: 19 dez. 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, Henrique, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, 5ª ed., São Paulo: RT.

## Notas

[1] MATTOSO, Glauco. *O que é tortura*. São Paulo: Nova Cultural, Brasiliense, 1986.

[2] Sobre a exclusão dos negros da proteção legal contra a prática de tortura, cabe resgatar uma passagem de Cesare Beccaria (in: *Dos Delitos e das Penas*, São Paulo: Martin Claret. Introdução), que vale como crítica: “As vantagens da sociedade devem ser distribuídas eqüitativamente entre todos os seus membros. Entretanto numa reunião de homens, percebe-se a tendência contínua de concentrar no menor número os privilégios, o poder e a felicidade, e só deixar à maioria a miséria e debilidade. Apenas com boas leis se podem impedir esses abusos”.

[3] PLATÃO, *A República*, São Paulo: Martin Claret.

[4] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, Henrique, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, 5ª ed., São Paulo: RT, p. 87/89.

[5] KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, 2ª ed., 1987, São Paulo: Martins Fontes.

[6] REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 102.

[7] BECCARIA, Cesare, *Dos Delitos e das Penas*, São Paulo: Martin Claret, p. 38.

[8] GRINOVER, Ada Pellegrini e outros, *Teoria Geral do Processo*, 23ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 51.

[9] REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 102.

[10] KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, 2ª ed., 1987, São Paulo: Martins Fontes.

Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5015/Lei-contratortura-uma-analise-socio-juridica>

Acesso em: 17 ago. 2009.