



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO  
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

LAMARCK MARTINHO NEVES DANIEL

O CRIME DE TORTURA E MAUS-TRATOS NOS DIAS ATUAIS

SOUSA - PB  
2010

LAMARCK MARTINHO NEVES DANIEL

O CRIME DE TORTURA E MAUS-TRATOS NOS DIAS ATUAIS

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Dr. Jardel de Freitas Soares.

SOUSA - PB  
2010

LAMARCK MARTINHO NEVES DANIEL

O CRIME DE TORTURA E MAUS-TRATOS NOS DIAS ATUAIS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande em cumprimento aos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Jardel de Freitas Soares

Banca Examinadora:

Data de aprovação: \_\_\_\_\_

---

Orientador: Prof. Jardel de Freitas Soares

---

Professora Lourdes Mesquita

---

Professora Carla Rocha Pordeus

Durante toda minha vida, meu  
reconhecimento eterno para aqueles que  
contribuíram no meu crescimento pessoal,  
dando forças para continuar  
desenvolvendo meus estudos e que  
sempre apoiaram minhas decisões,  
formando em conjunto este resultado  
concreto, dedico toda glória e louvores da  
conquista realizada com todo carinho e  
amor à:

Meu Senhor e minha família.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus, por ter me ajudado nos momentos difíceis e contribuído nos momentos bons, sempre me protegendo e dando forças para alcançar meus objetivos.

Aos meus pais, Martinho Daniel Gomes e Lúcia de Fátima Neves Daniel, por terem colaborado sem medir seus esforços para o meu sucesso.

Aos meus irmãos, Lamara Lúcia Neves Daniel e Lamartine Lincoln Neves Daniel, pelas palavras de estímulo e pela compreensão de sempre.

Aos meus colegas de sala, que apesar do pouco tempo, compartilharam momentos importantes para a conquista profissional e pelos conselhos recebidos.

Ao meu amigo Carlos Thiago por me proporcionar momentos de reflexão nas nossas conversas e estar sempre a disposição para dar algum conselho.

Aos amigos irmãos Adriano, Aluizio, Anailton e Aline, que contribuíram para o meu desenvolvimento pessoal, dando conselhos ou me escutando em momentos cruciais e imprescindíveis da vida.

Ao meu amigo Alexandre (Pato), que vivenciou momentos de alegria, sempre me ouvindo quando fosse necessário.

A minha amiga Vitória, por saber compreender com carinho momentos importantes da minha vida e ter delineado conceitos positivos sobre vida.

A Michelly Estefany por ser uma pessoa que forneceu importantes momentos da minha vida e me fortaleceu para alcançar meus objetivos, sem nunca desistir e sempre batalhar pelos meus sonhos.

Ao meu amigo João Batista Linhares (Batistinha) por colaborar com grande incentivo nas minhas vitórias.

A Meu amigo Emerson (Mercinho), por me dar ânimo na luta pelos meus objetivos e torná-los possíveis.

Ao meu cunhado Laerte Cavalcante, que me auxiliou sempre quando precisei de algum material que correspondesse aos meus estudos.

Em memória, ao meu avô João Francisco Daniel, no qual me baseio pelas suas lições de vida e me espelho na sua humildade.

Ao meu amigo Raphael Leandro, em consideração a todos os anos de amizade e também por ajudar no que sou hoje.

A minha tia Marly que com seu carinho e atenção sempre me deu bons momentos em minha vida, o que serei grato sempre.

A todos os professores que me ensinaram neste centro, pela paciência que tiveram e pelo apoio nos anos letivos da minha vida, em especial ao professor Jardel de Freitas Soares por sempre me acompanhar e dar apoio no Trabalho de Conclusão de Curso.

E por fim, a todos aqueles que acreditaram no meu crescimento profissional e como uma pessoa que luta pelos seus ideais, sempre se erguendo quando errasse.

“A justiça rompe barreiras e elimina as dificuldades jurídicas, mas só pode ser aplicada quando a voz do direito nasce na medida em que derruba o silêncio dos oprimidos e forja a lei que ilumina a democracia.”

(Lamarck Martinho Neves Daniel)

## RESUMO

Este trabalho aborda sobre o crime de tortura e maus-tratos nos dias atuais sob o aspecto jurídico e doutrinário. Desta feita, a problemática da pesquisa presente firma-se no conhecimento sobre a interpretação da tipificação do crime de tortura sob a égide da Lei nº. 9.455/97 em face de sua constitucionalidade e das dificuldades na aplicação do delito de maus-tratos. O objetivo incide em explanar as teorias e argumentos de relevantes pensamentos jurídicos no que se refere ao problema disposto. Assim, a justificativa desse trabalho se consolida na busca de uma visão atual do assunto discorrido e nas implicações que proporcionam o contexto penal do crime de tortura, sobretudo por se tratar de um crime próprio e de maus-tratos pela sua ausência na aplicação e alusões ao Projeto de Lei nº. 2.654/03. Na finalidade exposta, adotou-se o método dedutivo, analisando a realidade dos fatos, sempre ligando ao aspecto jurídico dos crimes e sob forma de técnica a pesquisa bibliográfica. Com relação ao questionamento da constitucionalidade do crime de tortura mediante a lei 9.455/97 foi observada segundo os entendimentos das correntes doutrinárias e jurisprudenciais. O delito de maus-tratos fora discutido sob o prisma atual de sua aplicabilidade e a desproporção existente na atribuição das penas, bem como sua distinção com relação ao Projeto de Lei nº 2.654/03. Conclui-se que os estudos doutrinários e jurisprudenciais, mediante a averiguação da Lei da tortura, sua inconstitucionalidade por não estar em acordo com as convenções e tratados internacionais na qual o Brasil é signatário. No tocante ao crime de maus-tratos, sua aplicação não condiz com a realidade atual, pois o crime sequer chega aos tribunais, de tal modo que a impunidade prevalece. O castigo moderado não deve ser eliminado em face do Projeto de Lei nº.2.654/03 pelo fato de que é um exagero mudar a lei penal e civil, até porque não reluz a sociedade atual e além do mais, a doutrina retrata de um castigo moderado que não prejudique a criança ou o adolescente.

Palavras-chave: Crime de tortura. Inconstitucionalidade. Crime de maus-tratos. Ausência na aplicação.

## ABSTRACT

This work addresses the crime of torture and ill-treatment in the present days under the legal and doctrinal aspect. This time, the problematic of the present research firms in the knowledge about the interpretation of the characterization of the crime of torture under the auspices of the Law. 9455/97, according to its constitutionality, and the difficulties in the application of the crime of maltreatment. The objective focuses on explaining the theories and arguments of relevant legal thoughts with regard to the problem provided. Thus, the justification of this work was consolidated in the search for a current view of the discoursed subject, and on the implications that provide the context of the criminal offense of torture, especially because it is a crime itself and ill-treatment by its absence in the application and allusions the Draft Law. 2.654/03. Exposed on purpose, it was adopted the deductive, the reality of the facts, always linking the juridic aspect of the crimes as the form of technique and bibliographic research. With regard to questioning the constitutionality of the crime of torture by law 9455/97 it was observed according to the current understandings of the doctrine and jurisprudence. The crime of maltreatment was discussed through the current prism of its applicability and disparity in the allocation of penalties, as well as its distinction with regard to the Draft Law No. 2.654/03. It was concluded that the doctrinal and jurisprudence studies, by investigating the Law of torture, its unconstitutionality for was not in accordance with international conventions and treaties to which Brazil is a signatory. Regarding the crime of maltreatment, its application is inconsistent with the current reality, because the crime even comes to court, so that impunity prevails. The moderate punishment should not be eliminated in the face of Draft Law No.2.654/03 because it is an exaggeration to change the criminal and civil law, because it doesn't shine today's society and moreover, the doctrine retracts a moderate punishment that does not harm the child or adolescent.

Keywords: Crime of torture. Unconstitutional. Crime of maltreatment. Lack of applicability.

## LISTA DE SIGLAS

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CP – Código Penal

CPP – Código Processual Penal

EC – Emenda Constitucional

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

LCH – Lei de Crimes Hediondos

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

PL – Projeto de Lei

STF – Supremo Tribunal Federal

TACrSP – Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

TJDF – Tribunal de Justiça do Distrito Federal

TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA E DEFINIÇÃO DO CRIME DE TORTURA</b> .....	14
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TORTURA .....	14
2.1.1 A tortura aceita pela sociedade .....	15
2.1.2 A tortura vista pela sociedade como ato ilegal e desumano .....	16
2.1.3 A ocultação da tortura nos dias atuais .....	17
2.1.4 A história da tortura no Brasil .....	17
2.2 TÉCNICAS DE APLICAÇÃO DO CRIME DE TORTURA .....	18
2.2.1 Técnicas de tortura na antiguidade .....	19
2.2.2 Técnicas de tortura no século XX .....	21
2.2.3 As técnicas de tortura nos dias atuais .....	22
2.3 DEFINIÇÃO DO CRIME DE TORTURA .....	24
<b>3 O CRIME DE TORTURA NO ÂMBITO PENAL</b> .....	26
3.1 DIFICULDADE JURÍDICA NA APLICABILIDADE DO CRIME DE TORTURA ...	26
3.2 DAS PROVAS ILÍCITAS OBTIDAS MEDIANTE A PRÁTICA DA TORTURA.....	33
3.3 COMENTÁRIOS SOBRE OS TRÂMITES JURÍDICOS E JURISPRUDÊNCIAS	36
3.4 A TORTURA COMO CRIME PRÓPRIO.....	40
<b>4 O CRIME DE MAUS-TRATOS NOS DIAS ATUAIS</b> .....	47
4.1 CONCEITO.....	48
4.2 APLICABILIDADE DO CRIME DE MAUS-TRATOS NA ATUALIDADE .....	51
4.3 DISTINÇÃO DO CRIME DE MAUS-TRATOS COM O DELITO DE TORTURA E SUA IMPORTÂNCIA COM RELAÇÃO À LEI Nº. 2.654/03.....	53
4.3.1 Diferenciação do crime de maus-tratos com o delito de tortura .....	54
4.3.2 Emenda Constitucional nº 45 e o crime de tortura .....	57
4.3.3 A divergência do crime de maus-tratos com a Lei nº. 2.654/03 .....	59
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	64
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	68
<b>ANEXO A - LEI 9.455/1997</b> .....	72
<b>ANEXO B - LEI 8.072/1990</b> .....	74

## 1 INTRODUÇÃO

A tortura apresenta-se como um dos temas de pouca importância no seio jurídico dos dias atuais, muito em virtude da sua prática ser muito pouco comentada nos tribunais, preferindo-se em sua generalidade, esquecer que o crime realmente está previsto na legislação.

A tortura está inserida na Constituição Federal no seu art. 5, inciso XLIII, afirmando que a lei considera, dentre outros, a prática da tortura como crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, de modo que responderão os mandantes, os executores e os que se omitirem.

A Constituição tutela, portanto, contra a prática de tortura, sendo impossível conceder a sua graça ou anistia. No entanto, a doutrina brasileira esboça uma grande discussão em torno de seu entendimento jurídico.

O crime de tortura hodiernamente não é tratado pelo direito penal com respaldo suficiente, pois há um vazio no uso de sua aplicação para sobre as condutas de torturadores. Esse fator é resultante de um histórico político-social que tornava na época da ditadura um meio de prevenir os considerados infratores. Assim, o delito foi esquecido pela legislação pátria, formando, por conseguinte um aumento na violência social, seja por parte de criminosos que visam obter alguma informação valiosa pela prática da tortura, seja por policiais, usando de tais técnicas na intenção de descobrir novas evidências criminais.

Afora da Constituição, o ordenamento que regula esse tipo de crime está previsto somente na Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997. Desse modo, o problema que se confirma em nosso entendimento jurídico incide justamente sobre a ineficácia de sua aplicação, isto é, o que ocorre atualmente é que ao invés de existir a tipificação de um crime autônomo no Código Penal Brasileiro, temos que nos ater a uma lei que deveria ser tratada apenas como uma consulta genérica, mas é a única definição do crime de tortura.

Em razão dessa problemática seria prudente uma acomodação com a impunidade do crime de tortura? Pela hermenêutica jurídica, o direito não pode parar, pelo contrário, tende a evoluir com o tempo e em consequência dos fatos.

A lei que tipifica o crime de tortura também possui erros na sua redação, pois contraria princípios e tratados assinados pelo Brasil. Desse modo, seria correto

afirmar sua inconstitucionalidade? A dificuldade para se buscar alternativas viáveis na correta aplicação da lei necessita, em primeiro plano, de novas mudanças.

Atualmente o delito de maus-tratos deixa a desejar pela sua inaplicabilidade, haja vista que apesar de se tratar de um crime previsto no Código Penal, os fatos que ocorrem diariamente repercutem na sua ausência perante os princípios e direitos fundamentais e na existência da confusão com o crime de tortura, pela deficiência contida na sua definição.

Diante de tantos crimes que envolvem crianças e adolescentes, que vivem de esmolas ou trabalham desproporcionalmente para ajudar na subsistência familiar, não há programas políticos capazes de minimizar a situação? Há uma confusão entre o delito de maus-tratos e o crime de tortura no âmbito jurídico? O Brasil está se desenvolvendo e medidas precisam ser tomadas para que o futuro dos jovens tenha um crescimento salutar e que a sociedade contribua para isso.

Atualmente há um PL de nº. 2.654/03 que objetiva proibir quaisquer formas de agressões físicas contra crianças e adolescentes. No entanto, tanto a doutrina, quanto a legislação entende que o castigo moderado pode ser aplicado, desde que não atrapalhe o desenvolvimento da criança ou adolescente. Então, pergunta-se: O PL nº. 2.654/03 deve alterar a legislação atual e adaptar a sociedade para essa nova concepção de educar os filhos? São muitas as críticas que envolvem o tema.

Diante do exposto, o objetivo do trabalho é promover uma análise aprofundada de pensamento em relação ao crime de tortura regulada pela Lei 9.455/97 e sobre o crime de maus-tratos, previsto no art. 136. do Código Penal, assim como desenvolver os feitos do mesmo conteúdo nos moldes do Direito Comparado em nações como a Alemanha e Estados Unidos da América.

A justificativa atribuída à pesquisa em explanação fundamenta-se na investigação de uma temática de âmbito criminal cujas implicações vão de encontro ao contexto jurídico, gerando intensas reflexões. Além do mais, retrata uma nova abordagem na interpretação penal, levantando a importância de princípios do direito penal com sustento normativo.

Nesse sentido, com o fito de propiciar um supedâneo calcado em fluxos de pensamento e abordagem de idéias e teorias, optou-se pelo método dedutivo, onde o trabalho teve início com base em leis e teorias gerais, levantando questões

possíveis, assim como a técnica de pesquisa bibliográfica com base de aperfeiçoar o presente trabalho.

Desta feita, o capítulo A evolução histórica e definição do Crime de Tortura retratará a sua evolução histórica, introduzindo sua transformação face ao entendimento jurídico, inclusive o que representava para cada época, as técnicas de aplicação do crime de tortura e a definição do referente delito.

Em seguida, o capítulo O crime de Tortura no Âmbito do Direito Penal discutirá as dificuldades jurídicas na aplicação da lei específica, da obtenção das provas ilícitas mediante a prática da tortura, a possibilidade da passagem jurídica sobre a Tortura como um crime autônomo e compreender o motivo pelo qual ainda não foi possível sua tipificação no Código Penal Brasileiro. Neste mesmo capítulo serão incluídos trâmites jurídicos e os respectivos entendimentos sobre a possibilidade de sua tipificação legal no Código Penal Brasileiro.

Por fim, o capítulo O crime de Maus-Tratos nos dias atuais versará sobre a conceituação do crime de maus-tratos, assim como irá ser questionado sobre a falta de sua aplicação no direito atual, sua dificuldade nos dias atuais, colocando o emprego de princípios como fundamentação para a interpretação no ordenamento jurídico penal. Será mencionada ainda a questão referente ao PL de nº. 2.654/03 com relação à atual legislação que define o crime de maus-tratos.

## 2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA E DEFINIÇÃO DO CRIME DE TORTURA

Nos dias atuais, mais exatamente nos últimos dez anos, é possível enxergar que o direito penal brasileiro está em evolução, mas ainda não é um meio fortemente repressivo no meio social. Com inúmeras investigações e criações de projetos para seu aperfeiçoamento, juristas e doutrinadores de todo país tentam colaborar para o crescimento de uma norma jurídica em específico: o crime de tortura. Esta por sua vez, está tipificada na Lei 9.455/97 e em seu conteúdo estão descritos quanto a conduta criminosa sobre determinada pessoa, mas não delimita sobre a aplicação de suas técnicas.

Em toda sua história a tortura sempre foi tratada com o objetivo de obter confissões ou informações de estimável valor. Atualmente é utilizada para contribuir, mesmo que ocultamente, com o próprio sistema policial.

O crime de tortura desponta no mundo cercado pelo silêncio das vítimas. Está inserido unicamente em uma lei específica e que se encontra muito vaga no tocante aos meios de práticas existentes.

### 2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TORTURA

A tortura sempre teve espaço no seu contexto histórico relacionado ao mundo, concebida pela tradição de alguns povos ou fundamentada em motivos religiosos, tendo nesse caso o exemplo da Inquisição, formulada sob o ponto de vista de um regime político, como é o caso da ditadura militar.

Os gregos foram os primeiros a utilizarem a tortura como instrumento para punir pelos delitos que cometiam e que nesta mesma sociedade com o passar do tempo adquire um status jurídico penal. Deste modo, a história da tortura se reparte em cada época sob a concepção de como sua prática era aceita pelas pessoas, até que ponto era lícito, logo depois passando a tornar um ato ilegal e de repúdio pela sociedade mediante o surgimento de doutrinadores importantes como Beccaria e finalmente tornando-se uma prática obscura, clandestina no sistema social, praticada pelas organizações criminosas, policiais, agentes públicos, dentre outros.

### 2.1.1 A tortura aceita pela sociedade

Conforme supramencionado, os gregos foram os primeiros a colocar a prática da tortura como meio de instrumento criminal, isto é, como finalidade de ofertar ao juiz informações para julgar. Segundo o doutrinador Fernando Capez (2008, pag. 451) instrução criminal significa: “o conjunto de atos praticados com o fim de ofertar elementos ao juiz para julgar”.

A prática da tortura era aplicada em sua origem apenas aos escravos e estrangeiros e geralmente era utilizada quando não encontrava vestígios de autoria sobre um crime ou almejasse obter uma rápida resolução do caso.

Os romanos utilizaram a tortura nas mesmas condições que o povo grego. Contudo, com a evolução do direito nessa época, surgiram regulamentos concernentes aos métodos da tortura, o que culminou com o surgimento de códigos. Assim, emanaram as primeiras leis escritas no mundo acerca da tortura como ato lícito e como instrumento para aquisição de prova.

Em decorrência da queda de Roma, começa um período em que a tortura foi divulgada e utilizada com mais intensidade através da ascensão da Igreja Católica. A partir de então, a religião tem controle direto sob a vida dos povos e a prática da tortura usada pelos “Juizes de Deus” era o meio de salvação para os que cometiam algum delito, ou seja, devido a grande influencia religiosa, acreditava-se que Deus intervinha diretamente nos casos que estavam sob julgamento. De acordo com Mirabete (2007), o método mais conhecido e usado pelos “Juizes de Deus” ou ordálios era aquele no qual o acusado era jogado ao mar dentro de um saco acompanhado de um cachorro faminto e uma cobra. Após o devido procedimento, caso o criminoso sobrevivesse estaria absolvido.

Com o decorrer do tempo o domínio da igreja fez com que as práticas de tortura passassem a ser de sua exclusividade, eliminando o poder que tinham os ordálios para utilizar a prática da tortura nos processos criminais. Desta feita, já no auge da existência de hereges e pagãos, a igreja cria o Tribunal do Santo Ofício, época mais conhecida como a Inquisição, pelo qual tinha como único objetivo punir

principalmente com as práticas de tortura quem desrespeitasse as regras católicas e alcançar confissões almejadas.

Vale salientar que para a igreja, exatamente nessa fase da inquisição, a confissão era meio de prova vista como forma de o criminoso obter um arrependimento pelo crime praticado.

Com o transcorrer do tempo a igreja começou a ter uma visão diferente sobre a aplicação das penas, através dos pensamentos de Santo Agostinho, ao afirmar que a pena deve ter um caráter de reestruturação social e mudou mais ainda ao focalizar que a pratica da tortura viola a santidade do corpo humano.

Nesse ínterim, iniciou-se a fase do iluminismo e os juristas e pensadores daquela época iniciaram movimentos para contestar densamente o uso da tortura durante o processo e na condenação dos presos.

### **2.1.2 A tortura vista pela sociedade como ato ilegal e desumano**

O primeiro a defender o desenvolvimento da luta pelos direitos humanos e desencadear entendimentos para que ocorresse o fim tortura foi o jurista italiano Cesare Beccaria. De acordo com o contexto do livro *Dos delitos e das penas*, está apontado de forma clara que a prática de tortura trata-se apenas de um instrumento para adquirir provas e o sujeito culpado recairá sobre aquele que for mais fraco. Eis o que está escrito por Beccaria (2000, p. 39):

A tortura é muitas vezes um meio seguro de condenar o inocente fraco e de absolver o celerado robusto. [...] Entre dois homens, igualmente inocentes ou igualmente culpados, o mais robusto e corajoso será absolvido; o mais débil, contudo, será condenado.

Essa revolução permitiu que fossem estabelecidos, na seara jurídica, princípios fundamentais que norteiam o direito penal e transmitem maior proteção contra aqueles que ainda não foram condenados. É o exemplo da presunção da inocência, da imputabilidade, o da anterioridade, entre outros.

Logo, a eliminação da tortura foi inevitável nos ditames da lei emergente. Atualmente a prática da tortura vem sendo utilizada de forma secreta ou até mesmo

permitida em alguns casos para alcançar objetivos. É o que será analisado no próximo item relacionado à evolução histórica.

### **2.1.3 A ocultação da tortura nos dias atuais**

Muito embora nos dias atuais a tortura seja considerada um crime, inclusive internacionalmente, nos conformes da convenção dos direitos humanos, tratados e acordos, alguns países ainda violam as regras mundiais referente aos direitos humanos.

Recentemente países buscaram obter informações ilegais por intermédio da prática da tortura. É o caso da investigação incontrolável dos Estados Unidos para descobrir os responsáveis sobre o ataque terrorista de 11 de setembro, ultrapassando os dispositivos legais que abrange todo o mundo. Nesse mesmo país o presidente George W. Bush proibiu uma lei do Congresso americano que tinha o intuito de impedir a utilização de técnicas de tortura pelos agentes da CIA (Agencia Central de Inteligência). Desse modo, entende-se que a tortura deve ser usada para proteger o país de ataques terroristas, devendo ser consentida nesses casos de suma importância.

Foi o que motivou os agentes americanos a utilizarem da prática de tortura na guerra do Iraque, para tentar descobrir informações valiosas e por fim a tragédia que assolava no país. Isso provocou uma grande revolta no mundo e discussão na legislação internacional, haja vista por infringir diretamente os direitos humanos.

### **2.1.4 A história da tortura no Brasil**

No Brasil, a tortura teve ampla repercussão na história a partir do século XX, na sua metade quando teve início a ditadura militar, onde as pessoas eram perseguidas por terem uma visão política diferenciada da gestão que gerenciava o país. Assim, a prática da tortura tinha o escopo de desvendar mensagens secretas

dos opositores políticos para manter sua imposição diante da sociedade brasileira, seguindo suas regras ditatoriais.

A intentona comunista é o maior exemplo que se poderia dar sobre o uso da tortura no Brasil, que foi liderado por Luiz Carlos Prestes, acarretando a tortura de centenas de pessoas na época e deixando muitas com o estado físico debilitado e outras que sequer não resistiram.

O Brasil tem vínculo com vários tratados e convenções, citando a título de exemplo a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, A Carta das Nações Unidas em 1945, mas a primeira legislação que configura o crime de tortura só veio a aparecer no ano de 1990, através da Lei dos Crimes Hediondos, lei de nº 8.072/90. Assim sendo, a LCH trouxe no seu art. 2º uma definição acerca do crime de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo. A razão do nascimento da LCH tem caráter internacional, isto é, visa proteger os direitos humanos contra a tais condutas desumanas e minimizar o tráfico de drogas entre os países.

No ano de 1997, surge a lei 9.455/97, tornando uma legislação específica ao crime de tortura. Para que chegasse a essa lei, o legislador observou à ocorrência de fatos de alta gravidade que dominavam o país, como o caso do abuso de policiais no uso de técnicas de tortura que na época provocou grande avulso nacional. O maior exemplo disso nos dias atuais encontra-se na realidade que transmite o filme Tropa de Elite, onde policiais especiais invadem casas e utilizam da tortura em pessoas, alguns menores de idade. No entanto, a lei criada para banir os crimes de tortura é tratada apenas como uma lei genérica e, portanto, ainda não é considerado um delito autônomo previsto no Código Penal.

## 2.2 TÉCNICAS DE APLICAÇÃO DO CRIME DE TORTURA

A conduta do crime de tortura envolve geralmente um acervo de materiais que colaboram para que o sofrimento da vítima seja maior. O uso desses utensílios teve início já no surgimento da prática da tortura e naquela época a prática era utilizada apenas nos delinquentes ou pessoas consideradas culpadas, logo, cada item escolhido correspondia a um motivo pertinente ao delito cometido.

Os utensílios usados nos dias atuais buscam apenas obter confissões ou informações importantes de qualquer pessoa, independentemente do material usado para a técnica da tortura.

Serão analisados respectivamente apenas alguns dos materiais que foram e que atualmente são utilizados na prática do crime de tortura.

### 2.2.1 Técnicas de tortura na antiguidade

Na idade média a tortura era vista como forma de penalizar indivíduos que tinham culpa sobre determinado fato delituoso ou por contrariar as normas da igreja no período da inquisição. Por conseguinte, o desígnio da prática da tortura estava concentrado em fazer o sujeito confessar o delito ou desvendar segredos que confrontavam o poder da igreja.

O instrumento mais utilizado na idade média era a guilhotina. Esta consistia em um método de execução no qual uma lâmina presa em uma corda entre dois troncos verticais vinha em direção violenta no pescoço do criminoso, ocorrendo sua decapitação. Às vezes era necessário repetir a técnica, pois não cortava por completo o pescoço.

O serrote tratava-se de outro meio de execução muito utilizado contra os homossexuais. Dois carrascos, um em cada ponta do serrote, cortavam o condenado no meio, o qual estava preso com as pernas separadas e de cabeça para baixo, sem qualquer possibilidade de reação. Devido à posição, o condenado não morria logo de imediato ou ficava inconsciente, pois o sangue era contido e contribuía na oxigenação do cérebro.

Submersão é uma técnica antiga utilizada com o objetivo de interrogar o criminoso, mas que podia configurar também uma execução. Neste procedimento, o criminoso era suspenso por uma corda amarrada nas mãos sobre um caldeirão que continha água ou óleo. Na medida em que o executor soltava a corda, o criminoso paulatinamente submergia.

A cremação foi um método bastante usado na época da inquisição. Os hereges que enfrentavam a igreja eram queimados ainda vivos, amarrados em um

tronco e para que não morressem por intervenção da fumaça, os executores vestiam a vítima com roupas encharcadas de enxofre.

A dama de ferro significa um método de tortura em que o condenado era colocado dentro de uma espécie de sarcófago que possuía barras pontiagudas de ferro na face interna da porta. Desta forma, as barras perfuravam todo o rosto do condenado, mas não atingiam pontos vitais, tornando uma espécie de tortura gradativamente dolorosa e que deixa prejuízos físicos irreparáveis.

A mesa de evisceração trata-se de uma técnica onde o torturado ficava deitado em uma mesa com suas mãos e pés amarrados. Logo após, o executor efetuava uma pequena incisão na barriga onde era posto um pequeno gancho em formato de anzol sobre seus órgãos internos. O gancho, preso a uma corrente no eixo era puxado por uma roda e os órgãos eram lentamente extraídos na medida em que o eixo era girado.

O potro consistia em amarrar a vítima numa mesa com orifícios laterais. As partes do corpo amarradas eram aquelas mais resistentes dos membros superiores e inferiores. As cordas atravessavam os orifícios laterais e em forma de manivela o executor girava até que as carnes e os ossos fossem esmagados ou até o momento que a vítima confessasse sua culpa.

Um instrumento criado com a intenção de punir as relações homossexuais, eventual adultério e incestos era a pêra. Semelhante ao formato da fruta, esse instrumento era introduzido na boca, vagina ou ânus e posteriormente era gradualmente expandido, dilatando o interior da vítima.

A cadeira da inquisição foi o instrumento muito usado para interrogar os perseguidos no período em que o poder da igreja dominava. Tratava-se de uma cadeira que tinha em seu completo assento e encosto agulhas. A vítima era obrigada a sentar-se nua e como o mínimo de movimento as agulhas penetravam no corpo, causando dores imensas. O mesmo instrumento era usado de uma forma diferenciada, em que no lugar das agulhas no assento, era trocado por barras de ferro aquecidas pelo fogo que se encontrava embutido em baixo da cadeira.

O esmaga cabeça tinha o formato de um capacete e consistia em pressionar a cabeça da vítima através de uma rosca que fica na parte superior e que se encaixa com a barra abaixo do maxilar. Naturalmente a parte do maxilar quebra-se primeiro por ser mais frágil e logo após o crânio é despedaçado até que sua massa cerebral comece a fluir.

Nessa época também foi criada formas de tortura capazes de atingir o psicológico da vítima, como é o exemplo da máscara. Nessa tortura, as vítimas eram obrigatoriamente expostas ao ridículo em ambiente público com máscaras horrendas. A finalidade era punir crimes de pequeno valor.

### 2.2.2 Técnicas de tortura no século XX

Na idade moderna, mais precisamente em meados do ano de 1960, apesar da tortura ser avaliada como algo desumano e cruel e mesmo com tratados internacionais que tornariam um mundo promissor, os países continuaram a desrespeitar princípios de ordem social e jurídica. No Brasil não existia ainda uma legislação específica que tipificasse a prática da tortura.

Nesse sentido, alguns países que cultivam em sua cultura utilizavam a técnica da tortura como meio de prova ou forma de punir o delinqüente.

O mundo atravessava por um momento em que a lei internacional estava em fase de desenvolvendo, mas não tinha o poder de execução sobre os delitos elucidados, era apenas o início da imposição de ordem. Nesse diapasão, muitos foram os métodos de tortura inventados para imperar o regime político da ditadura militar que viveu no Brasil.

Dentre as técnicas usadas no regime da ditadura militar destaca-se a cadeira ou como chamavam os ditadores “trono do dragão” que consistia numa cadeira que transferia choques elétricos para a vítima amarrada. Para que o efeito dos choques causasse dores intensas e duradouras, jogavam baldes de água sobre todo o corpo.

Os ferrinhos tratava-se de um método no qual pedaços pontiagudos de ferros são colocados sob as unhas, provocando dores agudas nas vítimas. Muitas dessas vítimas, presas em um ambiente sujo e desumano acabavam morrendo pela doença do tétano.

A hóstia sagrada tinha esse nome por que o ato da tortura envolvia a língua da vítima com uma haste conectada em um cabo e este na energia, provocando choques elétricos e profundas dores. O mesmo método, com uma

nomenclatura diferente conforme o caso, também foi usado em outras extremidades do corpo, é o caso das partes genitais, ânus, dedos e orelhas.

A roleta russa era a técnica de tortura que trazia transtornos psicológicos para a vítima. Sua prática consistia em apontar um revólver calibre 38 com apenas uma bala sobre a vítima e o executor atirava até que a bala fosse disparada ou parava antes caso conseguisse obter confissões.

Outro meio de tortura que ocasionava na vítima traumas irreparáveis devido à humilhação exposta eram os abusos sexuais cometidos contra seus entes familiares, as esposas, filhas e mães. As mulheres eram estupradas enquanto a vítima torturada era obrigada a assistir os atos libidinosos.

O telefone era uma violenta prática de tortura que versava em desferir golpes com a mão na orelha para romper a membrana do tímpano da vítima. Assim, tonturas, desatenção ou até a perda da audição eram os resultados provocados por esse método.

### **2.2.3 As técnicas de tortura nos dias atuais**

Na esfera mundial, as nações, ainda nos dias atuais, preservam sua cultura e são opressores da tortura. No Afeganistão, por exemplo, é rígida a pena sobre aquele que infringia as leis islâmicas.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu inciso V menciona que ninguém será submetido à tortura, mas mesmo assim a maioria dos países adeptos a essa declaração continuam com a prática do crime e nenhuma medida internacional é tomada. Além disso, importante salientar que muitos países não aderiram em nenhum acordo ou tratado internacional.

Na África, a mutilação genital é uma técnica muito usada nas meninas para seguir a doutrina religiosa da região. É certo que hoje as convenções e tratados internacionais atenuam a situação no mundo, principalmente com o avanço em virtude das ligações de países no combate ao crime. Contudo ainda não é o suficiente, haja vista que sua prática vai muito além de criação de resoluções, mas parte de costumes e princípios que devem ser analisados.

Em conformidade com o contexto, o combate ao crime de tortura a nível internacional posiciona-se dentro de um patamar de difícil reparação por onde é inviável o controle efetivo sobre as suas práticas.

A prática da tortura nos dias atuais tem grande repercussão nas invenções elaboradas pela Central Intelligence Agency ou Agencia Central de Inteligência. As vítimas eram subordinadas a seguir instruções e esse era o objetivo, obrigar as vítimas a realizarem o que fosse determinado através da tortura sem manter qualquer contato.

O maior exemplo nessa forma de aplicação da tortura é cobrir o individuo por completo com panos para que não possa enxergar, deixá-lo em cima de uma caixa e prender em suas mãos e órgão genital fios metálicos que transmitem cargas elétricas caso o indivíduo caísse na caixa.

Em razão do exposto, no Brasil os atos de tortura são na maioria dos casos praticados por policiais civis e militares, nos sistemas penitenciários, em bairros pobres e locais que predominam o tráfico de drogas.

A técnica da tortura do saco é utilizada pelos policiais da força especial em cidades como São Paulo e Rio de Janeiro, principalmente nas favelas e as principais vítimas são moradores que convivem com a realidade, onde o comércio e o consumo de drogas têm um alto índice. Essa técnica significa a colocação de um saco na cabeça da vítima forçando suas extremidades pelo pescoço. A pressão faz com que o sangue esorra pelos orifícios na cabeça, orelhas, boca e nariz. É usada para descobrir organizações criminosas na região e combater o trafico de drogas.

A técnica de aplicação de dores em partes não vitais causa grande revolta na sociedade nos dias atuais. É o meio pelo qual o policial usa seu revólver para atirar nas partes do corpo da vítima sem provocar sua morte. Em linhas gerais os lugares atingidos são os membros superiores e inferiores. É uma tentativa de intimidar a vítima para confessar o que sabe sobre o crime investigado. O foco desse problema está nas seqüelas desse crime, que em muitos casos são danos irreparáveis e a vítima é confundida ocasionalmente.

Muitas dessas vítimas consideram mais seguro viver ao lado da criminalidade que domina seu bairro do que colaborar com os policiais. Métodos como esse afastam o meio social. Não é a toa que determinadas pessoas cooperam com a criminalidade, mesmo não se sentindo a vontade com a má conduta, em

ocultar o movimento ilícito de drogas em seu bairro, fazem por sentirem-se oprimidas pelo estado.

Na mesma linha de raciocínio, crianças sem uma base mínima de educação e adolescentes marginalizados entram no mundo do crime e fazem com que suas famílias contribuam para o seu crescimento. Portanto, são pessoas de baixa renda que coabitam criminosos detentores sobre crimes de menor gravidade e negros. Ex-presidiários que também são torturados dentro do sistema penitenciário, quando voltam para seu ambiente onde o crime domina, acabam voltando a realizar delitos.

A técnica que visa atingir o psicológico da vítima é a provocação que o policial realiza contra o amigo da vítima, chegando quase a matá-la. A vítima, pressionada ao ver o amigo ou parente ser violentado não resiste e revela o que sabe a respeito do crime ou quem participa.

O método de tortura chamada golfinho consiste em colocar a vítima dentro de uma caixa com água e dois fios de eletricidade. O torturado começa a se contorcer atingida pelas correntes elétricas. Muito utilizado pelas forças especiais, a exemplo do Batalhão de Operações Especiais.

## 2.3 DEFINIÇÃO DO CRIME DE TORTURA

Atualmente muito se delimita a tipificação do crime de tortura. Aquela que mais se enquadra por ter uma conotação ampla está contida em seu art. 1º. na Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997. Esta, por sua vez, apresenta-se com mais arrimo e domínio sobre o conceito de tortura. Eis o que afirma, *in verbis*:

Art. 1º Constitui crime de tortura:

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

a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;

b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;

c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

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

A concepção transcrita acentua atualmente as características que são peculiares das condutas que constitui o crime de tortura. Contudo, vale salientar que a tortura comporta ilimitadas condutas que poderiam coexistir, no entanto, será esta parte limitada apenas a sua conceituação e posteriormente será aprofundado no próximo capítulo.

No âmbito doutrinário, conforme o posicionamento de Maria Helena Diniz (1998, p. 586) tortura:

É o suplício do condenado; sofrimento físico e moral infligido ao acusado para obter confissão ou alguma informação; ato criminoso de submeter a vítima a um grande e angustioso sofrimento provocado por maus tratos físicos e morais.

A característica inicial corresponde ao objeto da tortura, em deixar o condenado aflito, de modo que não suporte mais as dores pela qual está sofrendo, seja física ou moral. Outro elemento caracterizador é o fato de sua conduta ser condicionada a um propósito, obter confissão ou alguma informação de cunho valioso para o agente.

Em síntese, significa um ato desumano, que vai contra a dignidade humana, principio este que fere a nível internacional.

### 3 O CRIME DE TORTURA NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL

O código Penal brasileiro não tipifica o crime de tortura, mas assegura mediante lei específica sua definição e expõe as condutas que levam a prática do delito, atribuindo causas de aumento e diminuição de pena.

Ocorre que essa lei específica de nº 9.455/97 não é utilizada em sua generalidade, isto é, não abrange todas as causas que acontecem no Brasil, seja porque existe uma ocultação sobre o crime decorrente de fatores sociais e políticos, seja devido a uma série de impedimentos que a lei não alcança e que o código penal tipifique mediante determinado artigo que aproximadamente se enquadre

Existem no dias atuais poucas jurisprudências que retratem o crime da tortura no meio social Assim, a identificação de fatores que levam ao crime é um desafio para o sistema penal, pois as técnicas de tortura deixam vestígios, mas segregam fortes impedimentos que escondem o delito.

Segundo a Constituição o crime deveria ser próprio, o que não é pela Lei de nº. 9.455/97. Desta feita, o Brasil é signatário de várias convenções que conceituam o delito de tortura como próprio e isso torna a lei da tortura inconstitucional.

#### 3.1 DIFICULDADE JURÍDICA NA APLICABILIDADE DO CRIME DE TORTURA

A problemática legal que perturba a sociedade sobre a prática do crime de tortura vêm sendo discutido há quase 50 (cinquenta) anos, haja vista que o Brasil tornou-se membro da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 e que só veio a tipificar o crime de tortura na lei específica em 1997.

Embora exista a tipificação do que é a tortura através da Lei 9455/97, a partir dessa lei pode ter saído uma das circunstâncias para não proteção de forma prévia da prática de tortura, tutelando inclusive o princípio da anterioridade, (não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal), raros são os casos em que se consegue aplicar a referida lei, pois, mesmo que haja a conduta ofensiva e totalmente desumana, ou seja, ainda que ocorra o

constrangimento com emprego de violência ou grave ameaça, nem sempre estará regada com os motivos elementares imprescindíveis para a tipificação de determinadas condutas como tortura.

Nesse entendimento, o agente que pode cometer o crime mediante a utilização de outros meios de violência e receber a penalidade de outros crimes previstos. É o que afirma Julio Frabini Mirabette (1997) ao mencionar que a lei do crime de tortura foi baseada segundo as diretrizes das convenções internacionais e que dessa forma restringe o abuso do poder pela autoridade, quando a intenção do agente for o constrangimento físico e moral de pessoas que estejam sob seu poder, guarda ou vigilância. Assim sendo, não configura o crime de tortura quando não existir as circunstâncias elementares dos tipos previstos na lei 9.455/97, mesmo que haja a provocação através da violência ou grave ameaça sofrimento físico ou mental.

O que acontece é a ausência da esquematização que vise estabelecer o vínculo da lei sobre as condutas que atualmente coexistem em nossa sociedade, isto é, falta veementemente uma adequação da lei com nossa realidade, pois a sua prática ocorre diariamente e o maior exemplo disso é observado por vias de comunicação, como os casos de abusos de policiais contra pessoas que moram em locais menos favorecidos. Também pelo fato de tratar-se de uma lei emergente de repercussões sociais, onde foi criada por legisladores que podem não ter viabilizado a abrangência da norma, mas tão somente com o objetivo necessário de inibir os casos que ocorriam na época e garantir que mediante o uso de tais movimentos sociais, fosse aprovada. Da mesma forma, é uma lei generalizada por ser uma tipificação aberta sobre a conduta da tortura, infringindo o princípio da legalidade de um modo geral e pelo fato de suscitar insegurança jurídica no seu conhecimento.

Por mais que a lei do crime de tortura tenha o objetivo de minimizar a prática no meio social, é preciso muito mais que um movimento social, é imprescindível que o Estado compreenda o grau de dificuldade que apresenta o delito para que paulatinamente elabore uma lei que firme diretrizes sobre todos os casos que venham a surgir com suas penas impostas.

Do mesmo jeito, a atualidade da vida política no Brasil está decaindo em julgar tais crimes, seja pelo fato das mudanças financeiras pela qual estamos passando, pois com uma elevada economia, vai demandar um maior serviço fiscalizador e o Estado permanece inerte, seja pelo elevado número de leis que

abrangem o crime de tortura e dessa maneira provoca divergências jurídicas e doutrinárias na ciência criminal.

A aplicabilidade da lei não é satisfatória, pois muitos casos surgiram após a referida lei e não houve manifestação pelo Ministério público em denunciar. Além do mais, quando surge um processo é redirecionada sua tipificação para crimes menos graves como, por exemplo, casos de lesões corporais ou abuso de poder. Portanto, nada adiantaria que alguém praticasse o que tipifica o crime de tortura e ficasse meramente subordinado a cumprir uma pena leve decorrente da modificação do que tenha acontecido e assim aplicasse a sentença. Injusto seria ainda para a vítima que teria que suportar o entendimento jurídico do juiz.

Nesse entendimento, importante observar o fato de que o Brasil é um país no quais muitos problemas jurídicos não foram superados em seu histórico e o delito em estudo ainda ocorre mesmo que clandestinamente. Há tantas leis generalizadas, ou seja, que foram criadas às escuras apenas com objetivo de inibir os problemas acabam por facilitar para o infrator sua diminuição na punição.

A dificuldade em enfrentar o problema na aplicação da lei indica que torna ainda mais complexo à tentativa de prevenir e punir. No Brasil a tortura é considerada um fenômeno até aceitável quando se trata de um criminoso. Dessa forma a tortura ocorre principalmente em delegacias e estabelecimentos prisionais, haja vista que nada é feito por autoridades de cunho jurídico para a defesa desses indivíduos.

Conforme alude Antônio Hortêncio da Rocha Neto (1997) em seu artigo publicado no site da Datavenia Revista Jurídica, a lei do crime de tortura muito se assemelha com o crime de constrangimento ilegal e isso dificulta ainda mais a sua prevenção, assim como também sua punição. De acordo com o art. 146 previsto no CP, no constrangimento ilegal a vítima não se encontra obrigada a não fazer o que determina a lei ou fazer o que ela não aceita. Distingue-se da tortura por não haver a necessidade de ser causado aquele sofrimento físico ou moral, por ser a pena bem mais branda e por ser o crime de tortura mais específico, já que o constrangimento ilegal é subsidiário de outros crimes.

O problema revela tanto para o âmbito jurídico, no tocante a sua lei mal elaborada, quanto para os aspectos sociais e políticos. A sua aplicação depende bastante do controle que o Estado exerce sobre seus órgãos. Contudo, os órgãos tomam conta por si próprios, assim, por exemplo, no sistema carcerário os presos

torturados tem sua proteção inibida, afastada inclusive pelas próprias autoridades que ali se encontram. O controle é estabelecido mediante ameaças físicas e psicológicas. Quando o preso usa de má conduta é colocado pelado dentro de um local escuro e frio e lá passa dias, o chamado sistema inglês muito usado no Brasil desde a época da ditadura, como assevera Antonio Carlos Fon (1981).

O desuso das leis provoca para uma mudança sistemática a fim de manter o controle no aparelho prisional. O instrumento utilizado passa a ser a própria força, causando constrangimento pelo simples fato de não poder fazer nada a respeito das normas ilícitas aplicadas pela autoridade. Assim, o que se questiona nas unidades prisionais brasileiras é tão somente o desvio da conduta ética que os servidores deveriam exercer. Sobretudo devido ao comportamento do presidiário, pois se já se encontra em um estado perigoso, seu restabelecimento para a sociedade só atrasa. A tortura contribui para esse fator negativo e aprimora na medida em que o crime vai ficando impune.

Na sociedade brasileira a negligência para manter um controle mais apurado sobre as delegacias no que tange a proteção dos direitos do delinqüente como ser humano ou do tratamento de pessoas menos favorecidas que habitam bairros pobres é de um alto nível. Para começar, policias que torturam tais pessoas se apóiam no dever que está sendo cumprido e que o meio social agradece. Então, somos cúmplices de um crime que ocorre diariamente nas favelas, onde o poder de polícia é usado da força literalmente.

Essas situações tornam-se justificativas para a prática do crime de tortura, que acaba na obscuridade da lei e esquecida com o tempo. Nessa linha de pensamento, afirma um jurista doutrinador Bobbio (1992, p.20):

Entre os direitos humanos, como já se observou várias vezes, há direitos com estatutos muito diversos entre si. Há alguns que valem em qualquer situação e para todos os homens indistintamente: são os direitos acerca dos quais há a exigência de não serem limitados nem diante de casos excepcionais, nem com relação a esta ou àquela categoria, mesmo restrita, de membros do gênero humano (é o caso, por exemplo, do direito de não ser escravizado e de não sofrer tortura). Esses direitos são privilegiados, porque não são postos em concorrência com outros direitos, ainda que também fundamentais. Porém, até entre os chamados direitos fundamentais, os que não são suspensos em nenhuma circunstância, nem negados para determinada categoria de pessoas, são bem poucos: em outras palavras, são bem poucos os direitos considerados fundamentais que não entram em concorrência com outros direitos também considerados fundamentais, e que, portanto, não imponham, em certas situações e em relação a determinadas categorias de sujeitos, uma opção.

Nessa captação, vale salientar que alguns direitos são inalienáveis e não deve ser separado do indivíduo, ou seja, o direito a proteção contra a tortura não pode ser em hipótese alguma esquecido. A regra que transmite os princípios jurídicos que compõem os direitos fundamentais do homem é clara, de modo que um crime praticado não pode ficar escondido na sombra daqueles que detém o poder. No entanto, o problema está exatamente no abuso de poder, policiais e agentes penitenciários utilizam da tortura para amenizar os problemas que surge entre os presos, crianças são submetidas ao delito até que realizem o objetivo do seu superior, seja professor ou os pais, pessoas de classe menos favorecida são torturadas até que colaborem com o tráfico de drogas. No primeiro caso, mesmo com o advento da lei da tortura, que prevê o delito contra os presidiários no §1º do art. 1º, o domínio sobre o poder na maioria dos casos prevalece e o Estado permanece inerte.

Atualmente o crime de tortura está inerte por causa desses fatores sociais e políticos. A lei ainda não permite que a ocultação do crime diminua, não oferece pressupostos necessários para que exista um avanço na sociedade. Por isso, sua aplicação será sempre corroborada para um sentido de desprezo, no qual prevalecerá a voz daquele que executa o direito, mesmo que para isso ultrapasse valores morais.

Nesse vertente, a tortura infelizmente é aceita informalmente pelo Estado nos dias atuais. Igualmente, é certo dizer que a tortura no direito penal não goza de qualquer competência, isto é, não possui crédito o suficiente para adquirir status no sistema criminal. Embora nosso ordenamento possua uma lei que pune o crime de tortura, ainda é insuficiente, pois a tutela fornecida é falha pelo reconhecimento da inaplicabilidade da norma, seja pelo seu conteúdo ou nas dificuldades que o próprio Estado impõe e também na caracterização do tipo penal ao caso concreto, prejudicando toda a sociedade.

O valor dos direitos fundamentais que adotamos no seio jurídico não se coaduna com a árdua violação a aludidos princípios. Dessa forma, indica o desconhecimento de toda a sociedade civil da abrangência de uma valorização jurídica, logo, a dignidade é reduzida em flagelos sobre os quais ninguém busca tomar conhecimento. Então, as medidas adotadas perdem-se no espaço, pois falta a

resolução firme, que fosse calcado em idéias que propagassem o conhecimento da lei, de solucionar os problemas que obstruam nosso desenvolvimento social.

Entretanto o Estado, que edifica a lei, que castiga quem pratica o crime tortura e a sociedade em sua grande maioria disfarça ou ignora que haja tortura no Brasil ou até mesmo a consente em episódios específicos. Logo após, a tolerância atinente à prática de tortura resulta da carência de resolução firme da sociedade de encarar a dificuldade de violação endêmica de direitos humanos e, principalmente, da Lei da Tortura. Todavia, se surge à criação numa série de sugestões que pertinem nas práticas de prevenção contra o crime e for aplicada com aspiração política de efetivamente modificar a realidade dos dias atuais, a eficácia daquela lei, tanto quanto à punição que confere como quanto à inibição da reiteração da sinistra conduta, sucederá como decorrência automática.

O ponto relevante a toda essa análise quanto à carência da apreciação legal ocasionada em face da lei 9.455/97 está relacionada a uma tradição jurídica, no qual deriva bastante influência na pretensão em elaborar normas puramente simbólicas, pelo simples acontecimento de fatos isolados, motivado pela pressão dos meios de comunicação social, de toda a opinião pública, de interesses políticos, entre outros. A pergunta certa a ser feita é saber quando a sociedade vai nos despertar o interesse em querer a mudança de uma norma penal simbólica, que apenas aparenta resolver os problemas criminais, e ingressar numa etapa de importância não somente no conceito científico legal, mas também político-social? A resposta para essa questão está centrada unicamente para os fatores que acarretam a engrenagem estatal em conceituar um crime sempre que o clamor público for maior do que a tentativa de ocultá-lo.

Em virtude da necessidade social, o legislador busca enquadrar imediatamente, sem prévios estudos doutrinários e aos costumes, uma lei que está sendo uma verdadeira celeuma na vida pública que advieram de casos concretos ou por se tratar de uma problemática jurídica na qual deva ser modificado rapidamente. A lei da tortura incidiu de um caso concreto, sendo votada de forma acelerada devido ao choque causado pelo incidente da Favela Naval, em Diadema, no qual durante uma blitz policial, houve espancamento de pessoas, abuso de poder e constrangimento praticados por policiais.

Indubitavelmente, é de se concluir que apesar da existência em nosso ordenamento de uma Lei que almeja conter uma conduta tão desprezível, o Brasil

vive firmemente sob o desmazelo da prática deste crime. Vale ressaltar que mesmo considerando o fato da Constituição Federal erguer o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana sob uma forma apreciável de superioridade com relação aos demais, revelado no art. 1º, III, da C.F, temos de viver perante a inaplicabilidade da Lei de Tortura (Lei n.º 9455/97).

Por razões simplórias, diante de várias outras leis divulgadas em nossa nação, que se sintetiza na falta de preparo de legisladores, os quais nem sempre vislumbram para o indispensável alcance da norma, mas pelo contrário, enxergam pela percepção de que será garantido o voto. Portanto, conforme citado por Zaffaroni (2001), trata-se de: "discurso jurídico-penal falso".

Com efeito, a crítica sobre a forma com que a lei foi elaborada reluz na sua aplicabilidade. O legislador chega até a contradizer o que prevê determinada lei que mencione a tortura. É o caso do art. 233 do ECA, pois apesar de ter em seu contexto a palavra tortura, inclusive considerada como tipo legal pelo STF por maioria de votos, existia opinião contrária. É o que consta no livro de Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio (2002, p. 61). Ainda nesse argumento, ninguém pode responder por aquilo que a lei não está prescrevendo, ou seja, as condutas do agente devem estar contidas na norma. É o que aduz Luiz Flávio Borges D'urso (1999, p. 49-50):

Contudo, a reserva legal não diz apenas que o crime precisa ser previsto em lei; diz mais: que a lei que o prevê precisa ser exata, descrevendo claramente a conduta que se quer proibir, vedando a analogia para imposição de penas. Trata-se da taxatividade da norma penal, um efeito da reserva legal que exige definição precisa da ação humana prevista no tipo, pois as eventuais falhas na lei em descrever a conduta não podem ser preenchidas pelo julgador.

Isto posto, o legislador ao criar uma lei, deve ir de encontro com as perspectivas jurídicas, no qual a lei será aplicada na conformidade com o direito que emerge, sem ser preciso o encaminhamento às pressas.

Cabe aos magistrados e promotores realizar, mediante suas funções, os meios necessários para combater o crime da tortura. Primeiramente, porque eles são de um valor fundamental na sustentação do estado de direito. Coisa nenhuma tem um maior caráter prejudicial ao estado de direito do que a ilegalidade oficial, ou seja, o desempenho que possuem na justiça pode modificar toda a sociedade para melhor ou pior, dependendo de como é realizado. Se a conduta realizada pelos

promotores e magistrados não for de boas intenções, poderá acarretar principalmente crimes praticados por funcionários do Estado. Em um segundo posicionamento, porque quando um Estado, em razão de alguns servidores corrompidos ou na ânsia da criação de uma nova lei, pratica e não previne à tortura, ele incide em uma violação de suas responsabilidades assumidas nos moldes do direito internacional.

As pessoas que tem alguma obrigação jurídica pela administração da justiça precisam estar cautelosas para a função que lhes compete no sentido de impedir colocar o Estado nessa situação.

### 3.2 DAS PROVAS ILÍCITAS OBTIDAS MEDIANTE A PRÁTICA DA TORTURA

A Constituição Federal estabeleceu no seu art. 5º, LVI, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no decorrer do processo. Com a reforma da Lei 11.690/08, o CPP traz uma redação nova para o art. 157, in verbis:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciando o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado as partes acompanhar o incidente.

Nesse ínterim, a nova redação explanada das provas ilícitas no CPP afirma que não é possível elencar provas obtidas por métodos ilegais, devendo ser imediatamente retiradas do processo judicial criminal.

Vale salientar que nos dias atuais o problema das provas ilícitas está ligado na ineficácia presente na tutela dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, assim como não salvaguarda princípios essenciais, mesmo com a sua exigência legal. Como bem afirma o doutrinador Paulo Rangel (2009, p.

427 - 428): “Hodiernamente, o grande embate é entre normatividade e efetividade dos direitos previstos na Constituição, ou seja, estão [...], consagrados (normatizados), mas não são garantidos, aplicados, concedidos (efetivados)”.

Nesse entendimento, dentro da lei existe a proibição do uso de provas ilícitas adquiridas mediante a tortura, mas sua eficácia na aplicação não é garantida o suficiente para impedir que sejam utilizadas tais provas. Portanto, no caso de uma confissão obtida mediante a prática da tortura sua prova não é aceitável, mas se não for realizada uma averiguação para constatar sua ilicitude, nada poderá obstar sua utilização no devido processo legal.

Por outro lado, vale salientar que muitas questões que infringem as normas constitucionais para o alcance das provas ainda não foram resolvidas. Um exemplo disso é quando uma mulher não permitir de forma legal que deixe ser explorado as cavidades do corpo, com o intuito de apreender objetos de valor ou algum material incriminador, mesmo havendo fortes suspeitas de que tais objetos estão escondidos em partes do seu corpo. Esse mesmo exemplo ocorre muito em presídios, onde pessoas se presos servem como “bolsa” para guardar objetos como celular ou alguma droga. Nas lições de Fernando da Costa Tourinho Filho (2009, p. 528 - 529):

[...] ainda não encontraram uma solução uniforme. Parte da doutrina entende que tais exames humilham, envilecem, aviltam e quebram a resistência física ou moral da pessoa humana, transgredindo direitos fundamentais, sendo que um deles é o que consagra a dignidade da pessoa como uma das pilstras da ordem político-social, e, entre o respeito às garantias individuais e o interesse da sociedade em que os delitos não fiquem impunes, aquele se sobrepõe a este. De outra banda, diz-se que dependendo da gravidade do caso há uma certa razoabilidade nesse proceder, conquanto se procure preservar, dentro do possível, a dignidade da pessoa.

O procedimento comum para averiguar as suspeitas na mulher é levá-la para uma sala reservada e efetuar a busca e apreensão do objeto através de uma mulher ou um médico, mesmo contrariando o que dispõe o art. 249 do CPP.

Com relação ao crime de tortura, a obtenção de qualquer prova ilícita acarretará nulidade da mesma. No entanto, não é o que acontece no Brasil, haja vista que muitos policiais, pelo intermédio da prática da tortura descobrem atos criminosos. A realidade atual baseia-se em prevenir, seja qual for o método usado, os crimes que mais se destacam na sociedade brasileira. Em meio ao caos que

vivemos hodiernamente, a melhor forma de combater a criminalidade é na descoberta de provas mediante o meio que for preciso.

No âmbito internacional o crime de tortura atualmente tem amparo quando se trata de questões políticas e conflitos armados. Os Estados Unidos implantaram a tortura como meio de obter confissões sobre o terrorismo na guerra que ocorreu no Afeganistão. Naquela região, soldados norte-americanos praticavam várias torturas, contudo, nem sempre tinha o escopo de obter alguma confissão, mas por puro divertimento pessoal. Mesmo quando para o direito internacional tais condutas eram consideradas crime, para os Estados Unidos significava uma técnica necessária para impedir novos ataques terroristas.

As provas ilícitas por meio da tortura quase que passam despercebidos pelo sistema processual. A maioria dos crimes cometidos nunca chegam na seara jurisdicional e dessa forma a impunidade de muitos dependerá de mudanças legislativas sobre a Lei nº. 9.455/97.

A doutrina brasileira tem admitido a possibilidade de provas ilícitas mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, segundo o qual as medidas constitucionais que garantem direitos e as sanções impostas ao caso devem ter uma proporção exata, isto é, o direito de cada pessoa é pesado na proporção dos seus atos infracionais e sobre seus direitos previstos. Segundo Denilson Feitoza (2008, p. 615): “A legalidade, enquanto garantia constitucional de direitos fundamentais, pode ser flexibilizada exatamente para favorecer os direitos fundamentais, do que decorre a possibilidade de utilização de provas ilícitas *pro reo*”.

Em contrário sentido, a aplicação da proporcionalidade para aceitação de provas ilícitas no processo judicial não cabe quando obtida mediante a prática da tortura, pois o nexu circunstancial que trouxe a mérito as provas não pode ser interligado ao princípio da proporcionalidade. Destarte, o crime de tortura apresenta-se como meio violento na obtenção de determinada prova, infringindo direitos fundamentais sobre a pessoa, em supedâneo, a sua dignidade, de modo a ultrapassar os limites postos.

O delito denigre direitos inerentes ao homem, viola princípios constitucionais de importante respaldo, deixando clara a impossibilidade da aplicação do princípio da proporcionalidade para aceitar as provas ilícitas no procedimento judicial. Em síntese, de acordo com o princípio, não existe um conflito entre as garantias constitucionais. Desse modo, se surge algum princípio da

constituição que contraste com as provas, o sistema visa sua atuação em harmonizar um princípio de menor relevância ao de maior valor social.

### 3.3 COMENTÁRIOS SOBRE OS TRAMITES JURÍDICOS E JURISPRUDÊNCIAS

O crime de tortura prevê em alguns recursos, trâmites legais e jurisprudências que a lei assegura a irretroatividade. Dessa maneira, não há como o sujeito responder de forma mais gravosa caso tenha realizado o crime antes da lei 9.455/97, mas também não poderá obter algum benefício que a citada lei do crime de tortura venha a possuir no seu conteúdo. No direito penal a lei que beneficiar o condenado, deverá ser ela aplicado, desde que não haja nenhuma menção contraditória na norma. Logo, é o que descreve a seguinte jurisprudência, confirmando um recurso indeferido:

HABEAS-CORPUS. PROGRESSÃO DE REGIME PREVISTO NA LEI Nº 9.455/97 PARA OS CRIMES DE TORTURA. IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DO BENEFÍCIO AOS DEMAIS CRIMES HEDIONDOS.1. A possibilidade de progressão do regime prisional facultada pela Lei nº 9.455/97 para os crimes de tortura não se estende aos demais crimes hediondos. 2. Precedentes. Ordem indeferida.<sup>1</sup>

O ordenamento jurídico penal também enfatiza que o crime de tortura ainda está engatinhando para que o direito seja resguardado, pois a lei ainda é muito restrita aos fatos, mas que aos poucos o delito vai se percebendo dentro dos trâmites legais. Por conseguinte, o crime está sendo fixado com mais rigor e seriedade, apesar da ausência de fundamentos jurídicos para definir ao certo o crime de tortura, pois as leis genéricas confundem o raciocínio hermenêutico.

Nessa jurisprudência, após um assalto o indivíduo foi levado diretamente para a delegacia, mas ao invés de prestar diligências foi torturado para que confessasse o crime ocorrido no estabelecimento comercial. *In verbis*:

---

<sup>1</sup>BRASIL. Supremo tribunal Federal. **Jurisprudência: Habeas Corpus 80804 SP**. Brasília, 17 de abril de 2001. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/777629/habeas-corpus-hc-80804-sp-stf>>

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. TORTURA POR POLICIAIS CIVIS NO INTERIOR DE DELEGACIA COM VISTAS À OBTENÇÃO DE CONFISSÃO DE CRIME. 1. Não merece acolhimento preliminar de nulidade do processo fundada em discussão sobre as atribuições do Ministério Público em relação às investigações na fase anterior ao recebimento da denúncia por duas razões: i) porque eventual vício não contaminaria a ação penal; e ii) porque caracterizadas a autoria e a materialidade do delito, a ação penal prescinde da investigação preliminar. Preliminar rejeitada. Unânime. 2. Provado que a vítima foi levada por um segurança (policia militar reformado) do estabelecimento comercial assaltado à delegacia de polícia para prestar esclarecimentos e que lá foi algemada, encapuzada e agredida com tapas e socos para que confessasse, merece subsistir a sentença condenatória em relação ao torturador identificado como a pessoa que vendou, algemou e iniciou as agressões. (Maioria). 3. Recurso conhecido e não-provido. (TJDF. 20020910021746APR)<sup>2</sup>

Nesse contexto é notório que a conduta realizada pelo policial configura o crime de tortura, principalmente considerando todo o seu prisma jurídico dentro da norma legal. Ademais é o que afirma a jurisprudência ao conceituar a tipificação da tortura como sendo a:

A composição de ações empregadas por uma ou mais pessoas, com relação a outra, ou outras, que, pelo modo violento e degradante, quer no aspecto físico, quer psíquico, com perdurar do tempo, acaba por derrotar toda a resistência natural inerente ao ser humano, tornando-o desorientado, depressivo e sujeito as mais várias reações dentre elas, aquela que mais interessa a quem tortura – o irremediável medo.

A tortura praticada por policiais tem cunho avassalador no sistema prisional, porque ao figurar no pólo ativo, o policial tem proteção interna, tanto no tocante aos seus envolvimento na conduta delituosa, que serão injustamente tutelados por seus companheiros, como pela situação que já se encontra o condenado, com dificuldades de resguardar seus direitos, advindos pelo próprio sistema carcerário.

De acordo com a súmula 698, a progressão de regime só é admissível na Lei 9.455/97. Desta feita, conforme precitado, o benefício é irretroativo, ou seja, não caberá sobre aqueles que cometeram o crime de tortura anteriormente a lei, sendo regido nos moldes da lei de crimes hediondos. É pacífico o entendimento no Supremo Tribunal Federal que não é admissível o alcance deste benefício, pois a Lei de tortura é específica.

<sup>2</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Jurisprudência: 20020910021746APR **Diário da Justiça**, 22 de setembro de 2004. Disponível em: <[http://www.centraljuridica.com/jurisprudencia/g/3/b/tortura/direito\\_penal/direito\\_penal.html](http://www.centraljuridica.com/jurisprudencia/g/3/b/tortura/direito_penal/direito_penal.html)>

Embora seja mais severa a lei dos crimes hediondos, seu entendimento com relação à progressão de regime pressupõe ser o menos aceito tendo em vista que mesmo a tortura sendo um crime que fere não somente a pessoa fisicamente como psicologicamente e também prejudica direitos de suma importância para a sociedade, qual seja, denigre a imagem política do Estado e transforma-o em uma entidade corrupta, cabe interpretar cada caso concreto, interpretar de acordo com a individualização. Portanto, a progressão de regime visa tornar melhor a situação do condenado e deve existir na lei da tortura, pois ainda que se trate de um crime hediondo, o condenado tem o direito de readquirir um equilíbrio no meio social e restabelecer-se.

Importante salientar que quando se tratar de concurso material de crimes, não se poderá aplicar a progressão de regime quando o delito de tortura for absolvido por outro de grau elevado, como o caso de um homicídio doloso, no qual se observa um motivo torpe. Destarte, significa que o benefício não terá eficácia, mesmo com sua existência na lei da tortura, pois o crime de maior relevância automaticamente subtrairá o inferior. É o que menciona o doutrinador Damásio de Jesus (1998, p. 246):

Não se aplica o princípio da progressão criminosa propriamente dita (princípio da consunção), pelo qual o crime de tortura seria absolvido pelo homicídio. Ocorre que a tortura tem objetividade jurídica diversa: trata-se de crime contra a humanidade, contra a dignidade humana (CF, art. 1º, III), não sendo absolvida pelo direito à vida.

Adiante, no próximo capítulo será estudado o crime de maus-tratos e sua semelhança com a tortura, contudo, a jurisprudência abaixo reluz a tortura como um crime que, por se tratar de crime próprio, necessita de elementos probatórios quanto ao intuito do condenado na conduta realizada para poder distinguir de algum crime semelhante. Eis o que explana:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TORTURA - MAUS TRATOS - ELEMENTOS VOLITIVOS - CONJUNTO PROBATÓRIO FARTO - SOFRIMENTO - TORTURA CARACTERIZADA - ABSOLVIÇÃO IMPOSSÍVEL. Não se pode cogitar nem a absolvição nem a desclassificação do delito de tortura para o de maus tratos, uma vez que o conjunto probatório demonstra que o elemento volitivo foi o de fazer a vítima sofrer. As circunstâncias não justificam um castigo tão cruel e desumano para entendê-lo como preservação e bem para a vida da filha. Improvimento

do recurso que se impõe. (TJMG-Processo nº 1.0467.03.900298-6/001(1) - Relator: Des. Antonio Carlos Cruvinel - data do julgamento: 02/12/2004).<sup>3</sup>

A intenção em fazer a vítima sofrer é um dos elementos probatórios para tipificação do crime de tortura, assim como reconhecer que o torturador tinha poder, guarda e autoridade sobre o torturado. Além disso, o crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia. No entanto, a anistia foi indiretamente aceita no Brasil através da Lei 6.683/79. O motivo titulado pelo STF para a aplicação dessa lei foi o tratamento por crimes políticos, excluindo em seu contexto a tortura, apesar de na prática, foi o que mais aconteceu. Nesse mesmo sentido, entende o presidente nacional da OAB:

Isso é muito ruim para o Brasil. Temos que compreender que tortura é um crime gravíssimo. O Brasil subscreveu vários tratados internacionais que condenam os crimes de tortura. Se consideramos o crime de tortura um crime político, perdoável, vamos estar legitimando os torturadores de ontem, de hoje e de amanhã. Eles ficarão livres, leves e soltos para cometer esse crime contra a humanidade.<sup>4</sup>

A impunidade na prática de tortura foi o motivo norteador que trouxe a Lei da Anistia. O regime político poderia até ser objeto de anistia, contanto que apenas no que se refere aos atos praticados relacionado ao mandato, isto é, aos atos administrativos, enquanto que os crimes praticados contra a pessoa devem ser julgados em concurso.

O que seria justo era o julgamento desses crimes sob a égide da lei da tortura, na proporcionalidade que cada político utilizou de forma fraudulenta seus poderes ou violou outras regras administrativas na época. Além do mais, uma lei não pode ser criada fazendo com que outro delito se esvaia sem um julgamento, se caso fosse, tal lei deve ser intitulada como inconstitucional e imediatamente revogada sem prejuízo de quaisquer processos que estão sendo avaliados e que condiz com a prática do crime de tortura.

---

<sup>3</sup> BRASIL. Tribunal de justiça de Minas Gerais. Jurisprudência: 1.0467.03.900298-6/001(1). Belo Horizonte, 22 de agosto de 2007. Disponível em: <[http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt\\_/inteiro\\_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=408&ano=2&txt\\_proceso=1591&complemento=1](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=408&ano=2&txt_proceso=1591&complemento=1)>

<sup>4</sup> JUSBRASIL, Notícias Jurídicas. 31 de janeiro de 2010. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2071918/adin-da-oab-sobre-a-lei-da-anistia-devera-ser-julgada-este-semester-diz-stf>

A lei criada com o intuito de prevenir determinado crime não pode contradizer o conteúdo que prevê a CF/88, nem mesmo outra lei anterior, desde que ocorra uma compatibilidade e seja posteriormente revogada. Nesse sentido, a Lei da anistia foi criada às pressas sob condições forçadas para julgar os políticos que cometeram inúmeros delitos, abarcando entre estes, a tortura, mas seu processo no tribunal foi limitado aos crimes praticados apenas contra o patrimônio público, deixando de lado direitos daquelas pessoas que sofreram com o dito regime e que ainda hoje há sequelas. Da mesma forma entende o doutrinador (LEAL, 1996, p. 31) ao asseverar que:

Quanto à tortura institucional, por ser ela a expressão mais sinistra do sistema político-ideológico do estado totalitário, embora também legalmente rejeitada e eticamente condenada, seus autores dificilmente são punidos enquanto estiverem a serviço do poder estatal dominante. Seus atos encontrarão justificativa baseada na doutrina de segurança nacional ou na regra do dever cumprido, fato ocorrido na história recente dos países do Cone-Sul latino-americano. Mesmo depois da derrubada do poder autoritário a que serviram, seus autores, ainda com as mãos manchadas pelo sangue das vítimas e com a consciência marcada pelo pesadelo dos atos macabros cometidos, acabaram por ficar na completa impunidade, sob a alegação de que assim atuaram diante da ameaça de guerra interna ou de subversão política, ou sob a justificativa da regra do dever cumprido.

Em suma, hoje podemos afirmar que o sistema criminal, conforme a análise das jurisprudências e sumula, ainda é escasso em processar e julgar crimes de tortura, principalmente quando se trata de um presidiário, onde seus direitos, sobretudo, de sua dignidade, são esquecidos por policiais e delegados que tentam ordenar o estabelecimento mediante o uso da tortura e que a culpa não necessariamente venha diretamente desses funcionários, mas emana também da situação com que o governo lida com o problema desse crime.

### 3.4 A TORTURA COMO UM CRIME PRÓPRIO

A aludida Lei 9.455/97, que teria a capacidade até de caracterizar a tortura como crime comum é inconstitucional, haja vista que está em evidente desacordo com as Convenções internacionais contra a tortura, anteriormente subscritas pelo Brasil, que classificam a tortura como crime próprio.

A referida lei, portanto, está divergente dos tratados assumidos com o mundo ao atribuir características incomuns ao crime. O que importa nessa lei, criada de forma célere e desproporcional a lei anterior, no qual rege dentre outros delitos, a tortura, são alguns benefícios e também majorantes.

Para se ter uma dimensão sobre o assunto, o conceito de tortura está conexo a uma prática que foi consentida e sobreposta pelo próprio Estado durante toda a sua história. Nessa visão, quando foram criadas as leis, a tortura sempre foi visualizada de maneira oculta, sem muito envolvimento com a lei penal. A figura da tortura, principalmente na década de sessenta, era usada de forma lícita, sem que nada pudesse ser feito para evitar. A dominação política abarca desde aquele tempo de forma camuflada, protegendo aqueles que detêm o poder. No livro *Júri crimes e processo*, o autor menciona o crime de tortura no código penal apenas como uma qualificadora do homicídio e não existe sequer uma definição coerente. Eis o que está descrito no conteúdo do livro:

A qualificadora tortura, também arrolada como meio cruel, consiste na inflação de suplícios ou tormentos que obrigam a vítima a sofrer inutilmente (exemplo: arrancar as unhas da vítima; queimar seu corpo com ferro em brasa quando essa ainda estiver com vida). (MOSSIM, 1999, p. 61).

Na linha de raciocínio, o conceito é muito vago e impreciso, pois falta muito aspectos determinantes do crime de tortura. Além de ser distante da lei de crimes hediondos e da lei da tortura. Apesar dos exemplos citados serem coesos com a prática da tortura, é preciso distinguir suas condutas, porque não são predeterminadas na legislação; quem pode ser autor, pois as leis contradizem com as leis internacionais e nas normas internas quem poderia estar classificado como autor da tortura.

Nesse sentido, as convenções internacionais afirmam que a tortura é um crime próprio, que deve ser praticado por alguém que detém autoridade, guarda ou vigilância sobre a vítima. Assim poderia ser autor o funcionário público que possui hierarquia sobre demais funcionários, empregadores, os pais, o agente penitenciário, dentre outros. Já no tocante as menções a que referem os artigos do CP sobre a tortura é afirmado de modo controverso, porque a conduta pode ser realizada por qualquer pessoa, bastando para sua ocorrência de uma finalidade orientada para a produção dos sofrimentos da vítima. É o que afirma o mencionado

livro de Heráclito Antonio Mossim (1999, p. 62) ao citar Luiz Regis Prado e Cezar Roberto Bitencourt, em que: “A nosso juízo, a tortura é uma modalidade de meio cruel, distinguindo-se somente pelo aspecto temporal, exigindo uma ação um pouco mais prolongada”.

Objetivando melhor esclarecimento, os doutrinadores explicaram que a tortura é uma conduta que visa o tormento da vítima, com certo prolongamento, o que é correto, mas deixa acabar por contradizer o que aduz a convenção internacional, deixando o crime de ser próprio. Logo, a constituição não poderia adotar essa qualificadora no CP e sim revogá-la. Mas melhor ainda, seria a criação da tortura no CP, pois sendo um crime autônomo, redigido de forma apropriada, em correlação com os tratados internacionais, vai suprir qualquer defeito e facilitará na sua aplicabilidade. No mesmo sentido, assinala Fernando Capez (2008, p. 671) que:

A lei penal deve ser precisa, uma vez que um fato só será considerado criminoso se houver perfeita correspondência entre ele e a norma que o descreve. A lei penal delimita uma conduta lesiva, apta a pôr em perigo um bem jurídico relevante, e lhe prescreve uma conseqüência punitiva. Ao fazê-lo, não permite que o tratamento punitivo cominado possa ser estendido a uma conduta que se mostre aproximada ou assemelhada. É o princípio da legalidade, ao estatuir que não há crime sem lei que o defina, exigiu que a lei definisse (descrevesse) a conduta delituosa em todos os seus elementos e circunstâncias, a fim de que somente no caso de integral correspondência pudesse o agente ser punido.

Consoante o exposto, ao ser elaborada uma lei é preciso considerar os pontos que são imprescindíveis, como a pena, com suas respectivas atribuições, a tipificação de algumas condutas, já que é impossível prever todas, mas que seja aplicado o direito equiparado.

Em correspondência com o que foi comentado, o agente que cometer a prática da tortura poderá ser responsabilizado pelo homicídio caso venha a ocorrer posteriormente e desse modo será absolvido pelo crime de maior protuberância. O que o legislador deveria fazer para que o delito fosse inteiramente aceito, além de inseri-lo no CP, seria elaborar um conceito que abrangesse todo sujeito que praticasse a tortura, sendo que no seu caput fosse inserido como sendo de crime próprio para compreender as convenções internacionais firmadas pelo Brasil.

A formação da Lei 9.455/97 encaixa-se perfeitamente como um crime autônomo, todo normatizado, alinhado com características próprias da objetividade de cada conduta, contendo parágrafos que informam benefícios e agravantes para o

condenado. Pelo que aduz o doutrinador Fernando Capez (2008, p. 677) sobre a impossibilidade do arrependimento eficaz: “Não é possível, uma vez que, encerrado o constrangimento, ou resultou sofrimento e o crime está consumado, ou não resultou e o delito ficou na esfera tentada”. Acertadamente era diz que não existe como provar o arrependimento, porque se a vítima sofreu algum mal físico ou trauma psicológico, não há como o agente voltar atrás e se arrepender. Entretanto, como precitado, a lei não se ajusta nas convenções internacionais devido não ser tratado como crime próprio. Portanto, quando o agente público pratica o crime, a doutrina pátria afirma apenas que o Estado será sujeito passivo e ocasionará para o funcionário público um aumento de pena.

É de observar que para seguir nos padrões das convenções internacionais, cujo Brasil faz parte, é importante adequar a norma interna, de modo que acabe o conflito legislativo e estabeleça no direito penal a harmonia entre as leis. Não adianta criar sob pressão uma lei sem ao menos estudar suas hipóteses no ramo jurídico, pois a natureza que se encontra a lei de tortura é incompatível com as regras internacionais e isso não foi analisado no momento de sua criação. Ressalte-se o mesmo entendimento pelo qual possui essa jurisprudência de Minas Gerais:

CRIME DE TORTURA - CRIME PRÓPRIO - AGENTE PÚBLICO - VÍTIMA SOB A GUARDA, PODER OU AUTORIDADE - INTERPRETAÇÃO - CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS - NORMA DE ""STATUS"" CONSTITUCIONAL - DESCLASSIFICAÇÃO - CRIME DE MAUS-TRATOS QUALIFICADO. Impõe-se a desclassificação do delito de tortura, capitulado na Lei nº 9.455/97, para o crime de maus-tratos, na forma qualificada, previsto no art. 136, § 1º, c/c § 3º, do CP, por se tratar aquela infração de crime próprio, que somente poderá ser cometida por agente público que esteja com a vítima sob a guarda, poder ou autoridade, segundo a interpretação que se faz de normas embutidas em Convenções Internacionais de Direitos Humanos, do qual o Brasil é signatário, as quais possuem ""status"" de norma constitucional e se acham integradas automaticamente ao ordenamento jurídico interno, não se inserindo nesta categoria de pessoas a mãe do infante que o tenha agredido fisicamente.<sup>5</sup>

A análise dessa jurisprudência deixa sem sombra de dúvidas que o fato da Lei de tortura não ser mensurado como crime próprio, atrasa o sistema judicial, na medida em que o juiz efetua sentenças inapropriadas perante leis que melhor se adéquam sobre determinada conduta. O interesse público extrapolou seus limites,

---

<sup>5</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Acórdão nº 1.0000.00.220572-2/000(1)**. Minas Gerais, 21 de junho de 2001. Disponível em: <<http://br.vlex.com/vid/41477478#ixzz110z8SgAL>>.

agindo na criação de uma lei que, mesmo se fazendo necessário, não se perguntou sobre o seu verdadeiro impacto legislativo.

Ao conceituar o crime como sendo comum, foi esquecido que tanto no mundo como no Brasil a tortura sempre teve iniciativa de autoridades políticas, como na era inquisitorial, na ditadura ou no pensamento nazista. A convenção internacional teve o escopo de impedir o cometimento desses crimes em outros países, de modo que não ocorresse sua perpetuação ou transformasse em algo costumeiro. Isso não significa que uma pessoa que não seja funcionário público não deva ser punida, mas que seja enquadrado em algum parágrafo ou inciso, pois não se deve deixar imputar quem pratica uma conduta pelo qual atinge diretamente o ser humano.

Em virtude de uma explicação plausível, não é admissível conferir ao termo tortura um sentido corriqueiro, possibilitando o legislador a considerar que qualquer pessoa pode cometer esse tipo de delito. Avaliar a tortura sob esta visão é medida que conclui por tornar a terminologia relativa. Não é diferente o seguinte entendimento de João José Leal (1996, p. 29):

A prática da tortura, como crime próprio, depende de lei específica e seu conceito jurídico não poderá afastar-se dos termos da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotada pela ONU, em 10-12-84, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 4, de 23-5-89, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 40, de 15-2-91. Em seu art. 1º, a referida Convenção, que integra o direito positivo nacional, define a tortura como "qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa (...) por um funcionário público ou outra pessoa, no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência".

O que deve ser feito, por conseguinte, é a concepção de uma norma capaz de atender as perspectivas internacionais, sem prejuízo das normas internas. A lei da tortura pode não estar ajustada conforme a convenção internacional adotada pelo Brasil, mas sua estrutura enquadra-se ao sistema penal. Assim, na sua transformação para o CP, deve ser amoldada, com cautela, sem celeridade, para que possua uma nomenclatura de possível interpretação jurídica sensata. Em seguida, é conveniente reestruturar o caput da lei de tortura, para torná-la crime próprio, e logo após averiguar hipóteses em que pessoas possam ser incriminadas pela conduta.

A tortura praticada por policiais tem cunho avassalador no sistema prisional, porque ao figurar no pólo ativo, o policial tem proteção interna, tanto no tocante aos seus envolvimento na conduta delituosa, que serão injustamente tutelados por seus companheiros, como pela situação que já se encontra o condenado, com dificuldades de resguardar seus direitos, advindos pelo próprio sistema carcerário. Como já dito, a lei da tortura não está de acordo com as convenções internacionais e não há, nesse entendimento, um crime autônomo que previne contra essa vulnerabilidade e nessa captação expõe o doutrinador sobre os atos policiaes que:

A tortura policiaesca, geralmente praticada nos porões dos presídios e cadeias por funcionários subalternos (agentes, investigadores, comissários, carcereiros e soldados policiaes-militares), conta com o apoio disfarçado ou com a conivência de magistrados, membros do ministério público, autoridades policiaes e mesmo de advogados. É tolerada com base no entendimento de que, em relação a certos suspeitos, o único meio de se obter a prova material e da autoria do crime é através do castigo físico ou mental. É comum, no discurso policial, a afirmativa de que “com ladrão, só na porrada”. Também é comum, em consequência da moral efetivamente vivenciada, a concordância de leigos (principalmente de vítimas de crimes contra o patrimônio) em relação a prática de atos de tortura, sob a justificativa de que o único meio de se chegar a resultados satisfatórios no campo da investigação policial. Apesar de odiosa, é lamentavelmente uma prática generalizada. (LEAL, 1996, p. 31).

A sua criação poderia advir da junção dos incisos e parágrafos que tratam a tortura como crime próprio para introduzir no seu caput. Vale lembrar o erro do legislador ao empregar o crime de tortura por funcionário público como aumento de pena, conforme dispõe o art. 1º, §4º, conforme relata no livro citado anteriormente, Curso de direito penal, volume 4: legislação penal especial de Fernando Capez (2008, p 689):

A pena é aumentada de 1/6 até 1/3:

(a) *Se o crime for cometido por agente por agente público (inciso I): o conceito deve ser o do art. 5º da Lei n. 4.898/65, ou seja, qualquer pessoa que exerça cargo, emprego ou função pública, de natureza civil ou militar, ainda que transitoriamente ou sem remuneração. Por função pública deve ser entendida aquela que persegue fins próprios do Estado. O agente não precisa estar no exercício da função, mas o crime deve guardar alguma relação com ela. Em se tratando de crime próprio, a causa de aumento de pena não incide para evitar o *bis in idem*.*

Nesse contexto, o crime é próprio, porém ao fim da explanação o doutrinador refere-se aos demais crimes próprios, pois alguns estão separados por parágrafos e não alcançam os mesmos agravantes. Portanto, o legislador quis mencionar que o funcionário público terá uma pena maior, talvez por considerar que a definição da tortura nas leis internacionais tipifica o crime como próprio e para demonstrar preocupação com o acordo firmado, acreditando ser o mais correto, sobretudo, pela relevância que possui, atribuiu como um aumento de pena, servindo inclusive, para delinear o tamanho da pena que o condenado irá ser submetido.

Um fator importante usado pelo legislador na colocação do aumento de pena no crime de tortura por agente público é a individualização ao julgar o total da pena que o condenado irá cumprir, ou seja, não se deve julgar os casos desse crime como igual a todos os outros, cada caso concreto tem o seu valor, com suas diferenciações.

Se unicamente for reduzindo ao extremo o conceito de tortura é que este continuaria sustentando a sua função original, pela razão de se limitar em ratificar os atos mais gravosos, relativamente à integridade do ser humano quando tais atos provenham do Estado no exercício da competência operacional. Para punir o comportamento do particular, existe uma série de figuras típicas de caráter individual. Assim sendo, o tipo penal da tortura deve ser reformado para que apenas o funcionário público ou quem lhe faça às vezes possa ser sujeito ativo desse tipo de crime e também que em incisos seja atribuída a tipificação da tortura contra pessoas civis também possam responder pelo mesmo crime. Especialmente, para que ninguém passe despercebido desse prática desumana e para acomodar as normas sobre a égide da legislação internacional.

O caminho para a justiça contra a tortura está no reconhecimento dos erros legislativos e na história, a fim de abolir a burocracia do nosso país e editar verdadeiras leis que não sejam apenas genéricas e ocupem espaço, mas que sirvam para o aplicador do direito como instrumento sobre a possível causa concreta que venha surgir, sem desvio algum de outro entendimento.

#### 4 O CRIME DE MAUS-TRATOS NOS DIAS ATUAIS

O crime de maus-tratos atualmente é tratado em nosso ordenamento jurídico de forma imprecisa, onde há uma enorme carência sobre o assunto, principalmente devido o crime ser praticado mais sobre crianças e adolescentes. A falta de informação sobre os maus tratos é um problema que assola todo o desenvolvimento da humanidade, no sentido de que ao envolver atos cruéis e degradantes sobre a vítima que está sob a guarda ou proteção do agente, arrola uma série de princípios que vislumbram as características do verdadeiro comportamento social.

A questão que impõe o contexto reflete na hipótese de que como tratar o crime de maus-tratos numa sociedade que busca impedir o Maximo possível sua existência? Há uma semelhança com o crime de tortura no que se refere ao seu insistente modo de se manter oculto diante do sistema político-social, com o fim de abafar o caso, porém, o delito de maus-tratos possui uma camuflagem no sentido diverso, que é não mostrar publicamente as atrocidades cometidas contra pessoas indefesas que deveriam estar protegidas e muito menos mostrar contra quem foi cometido.

A aplicação do crime hoje em dia tem mais anseio social do que jurídico, pois com os acontecimentos recentes divulgados pela mídia causaram grande reviravolta nos tribunais. As condutas severas aplicadas contra as vítimas no nosso cotidiano ainda esboçam pouco alarme em pequenas comunidades. Embora tenha sido criada uma lei que proíba qualquer espécie de agressão física a uma criança, a chamada "Lei da palmada" pode ser considerada inconstitucional, haja vista que o Estado poderá estar interferindo na vida privada da família, impondo limites na educação do filho.

O doutrinador Julio Fabbrini Mirabete (2001, p. 143) diz que o crime de maus tratos também pode ser cometido pelo abuso dos meios de correção e disciplina. Desse modo, há uma similaridade com a tipificação que adapta a nova lei n. 2.654/03, mas esta é bem mais rígida, pois não é permitido em nenhuma hipótese o uso de correção mediante leves palmadas.

Nesse diapasão, será analisado o conceito do crime de maus-tratos, bem como sua aplicabilidade nos dias atuais e fazer uma análise jurídica para distinguir

com o crime de tortura. Por fim será feita uma correlação com os pontos importantes da nova Lei nº. 2.654/03, assim como também averiguar seu teor no setor constitucional e criminal.

#### 4.1 CONCEITO

O crime de maus-tratos está previsto no art. 136 do CP e sua definição abrange o abuso de condutas que atingem a integridade física e psicológica da vítima que está sob guarda, autoridade ou vigilância de alguém para fins pedagógicos, tratamentos ou custódia.

Segundo constatado pelo doutrinador (GUIMARÃES, 2007, p. 407), maus-tratos é:

Delito que consiste em submeter alguém a trabalho excessivo ou inadequado, abusar dos meios de correção ou disciplina, privar de alimentação ou dos cuidados indispensáveis, estando a pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância para fins de educação, ensino, tratamento ou custódia, expondo-a a perigo de vida ou de saúde. A pena é de detenção de 2 meses a 1 ano ou multa. Se resultado de lesão corporal de natureza grave, reclusão de 1 a 4 anos; se resulta a morte, reclusão de 4 a 12 anos. Perderá o poder familiar, por ato judicial, o pai ou a mãe que castigar imoderadamente o filho. Verificada a hipótese de maus-tratos, pelos pais ou responsável pelo menor, a autoridade poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum.

Em virtude desse conceito, há atos jurídicos que retiram o poder familiar daquele que incorreu na prática de castigar o filho sem uma limitação. Como será observado adiante, hodiernamente não existe sequer uma forma de castigo ponderável, conforme ajusta a lei da palmada.

Na existência de maus-tratos, poderá o infrator ser obrigatoriamente retirado da moradia onde coabita com o filho menor de idade. O problema maior é a cultura que vive o Brasil na educação das crianças, porque em grandes metrópoles e até em cidades pequenas notamos a existência de menores mendigos ou crianças trabalhando nas ruas para colaborar na subsistência da família.

O descaso que emana da desigualdade social que provoca um conflito na própria legislação, pois como enquadrar com igualdade as crianças de classe pobre

e média com aquelas da alta sociedade? A justiça acerta apenas em parte quando determina meios para que adolescentes saiam da marginalidade e do mundo das drogas. As medidas tomadas por juízes nem sempre condizem com a mudança na sociedade, pois embora o adolescente realize o que predetermina o juiz, este não sairá da vida anterior que se encontrava. Geralmente aplicam-se medidas como trabalho temporário e a frequência na escola, mas se fosse também advertido os pais, para melhor educar seus filhos poderia haver uma mudança, mesmo que irrisória. A advertência não seria apenas verbal, mas de caráter preventivo, a fim de conduzir o filho para um caminho próspero.

Conforme o exposto pelos autores (PINTO, WINDT, CÉSPEDES, 2007, p. 55), maus tratos significa:

Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina.

Pelo que está posto, trata-se de um crime próprio, ou seja, somente a pessoa que é responsável por outra, sob os modos contidos, autoridade, guarda ou vigilância. Não há que se falar em qualquer pessoa, pois o delito é diretamente enquadrado sobre aquela que detém o poder pessoal com relação à outra ou possua algum vínculo jurídico. Deve existir uma correspondência com as finalidades de educação, ensino, tratamento ou custódia.

A educação consiste na atividade docente com o escopo de aperfeiçoar o conhecimento moral, técnico, profissional. O delito de maus-tratos nessa hipótese tem aplicação direta dos pais, tutores ou curadores contra crianças, adolescentes e pessoas com alguma deficiência mental. O ensino tem mais profundidade, pois significa o fornecimento de informação que irá formar o pensamento cultural. Irá abranger, além dos pais, tutores e curadores, pessoas que trabalham nesse ramo, os professores, diretores, coordenadores, entre outros. O tratamento está diretamente ligado nas necessidades de uma pessoa, isto é, na sua alimentação. O crime ocorre quando não for proporcionada pelo responsável uma alimentação adequada, ocasionando perigo de vida ou saúde do ofendido. Nesse ponto, vale lembrar que deve existir uma habitualidade, isto quer dizer que não basta que o agente efetue apenas uma conduta, deve ser contínuo para caracterizar a situação

de perigo. Inclusive, no que se refere ao tratamento, abrange o emprego de cuidados na cura de moléstias. Assim sendo, a falta de higiene, de assistência médica, medicamentos e utensílios comuns indispensáveis para o conforto da vítima acarretará o crime de maus-tratos.

A custódia é o meio de assegurar que a pessoa está detida sob a guarda de alguém e conformidade com a lei, como é o caso do carcereiro em relação ao preso. Portanto, nota-se que deve sempre existir uma vinculação jurídica.

Em síntese, na lição do doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 646), são elementos objetivos do tipo:

Expor (colocar em risco) a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, privando-a da alimentação ou cuidados indispensáveis, sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado ou, ainda, abusando dos meios de correção ou disciplina. A despeito de existir um único verbo no preceito descritivo (expor), o tipo é misto alternativo, ou seja, o agente pode praticar uma única conduta (expor a perigo de vida ou a saúde da vítima privando-a de alimentação) ou várias (privar da alimentação, privar dos cuidados indispensáveis, sujeitar-la a trabalho excessivo, sujeitar-la a trabalho inadequado, abusar dos meios de correção, abusar dos meios de disciplina), e o delito será único. É evidente que, havendo mais de uma conduta, o juiz pode levar tal situação em conta para fixação da pena, que é de detenção, de dois meses a um ano, ou multa.

De acordo com esses elementos objetivos, o agente que praticar o crime de maus-tratos deverá colocar a vida ou a saúde da vítima em risco, de modo que, existindo o vínculo jurídico característico do delito, basta que execute um dos meios explanados pelo próprio art. 136 do CP, quais sejam: a privação de alimentos ou cuidados necessários, sujeitando a trabalho excessivo ou inadequado e abusando de meio corretivo ou disciplina.

Observa-se que o núcleo do tipo é expor a perigo, isto é, deixar em risco a vida ou a saúde da vítima intencionalmente. Para isso, em caso de conduta comissiva, basta o agente abusar dos meios corretivos ou disciplinares, como por exemplo, dar um soco na vítima ou espancá-la com algum objeto.

Por fim a consumação do crime surge quando existe o perigo de dano que adveio de uma conduta praticada pelo agente, seja de modo ativo ou omissivo. Desta feita, é um crime que não pode ser passível de presunção, ou seja, o fato ocorrido contra a vítima tem que resultar um perigo real. É o que está escrito no livro Curso de Direito Penal, volume 2, de Fernando Capez (2007, p. 215) ao dizer que:

“Cuida-se de crime de perigo concreto, de modo que ele não se presume, devendo ser comprovada caso a caso a situação periclitante criada pelo agente”.

Em última análise, existindo no delito o perigo real, há provas suficientes para acusação do agente, isto porque sua consumação é perceptível. Acontece que o sistema estatal não protege com eficácia, assim, mesmo que seja averiguada a consumação, ainda existe todo um procedimento no qual a vítima terá que se submeter diante da justiça.

#### 4.2 APLICABILIDADE DO CRIME DE MAUS-TRATOS NA ATUALIDADE

O delito de maus-tratos está ligado a problemas socioeconômicos que transformam o ambiente entre sujeitos com algum vínculo jurídico, em especial, a familiar, em um verdadeiro clima de guerra.

O que proporciona com mais vitalidade as dificuldades na aplicação do crime é o fato das vítimas serem pessoas que temem fazer denúncia, ou que fazendo isso sua vida poderia piorar. O agente deixa evidente que sua prática tem um fim, especificado no art. 136 do CP, mas não interessa se o meio abusivo empregado vai contribuir para um melhor desempenho. É o que explica Fernando Capez (2007, p. 213) ao dizer que o: “abuso consiste no uso ilegítimo, imoderado, excessivo, dos meios de correção e disciplina”.

Nesse entendimento, a maioria das pessoas que sofrem com esse crime são indefesas e incapazes de acionar a justiça. É o caso de crianças e idosos, pois estão diretamente sob os cuidados e não esboçam qualquer esforço para mudar o patamar de sua situação. Por ser um crime de ação pública incondicionada, cabe ao Ministério Público propor diante dos fatos a ação contra o infrator, porém, a investigação desses crimes não reluz os casos que existem no Brasil nos dias atuais. A grande maioria de crianças sofre com os abusos cometidos por seus pais, do mesmo modo que muitos idosos também sofrem com a prática do crime pelos seus próprios filhos.

No livro *Uma Criança Chamada Coisa*, observa-se que em muitos casos, a criança considera ser melhor esquecer o passado, perturbando ainda mais seu psicológico. No trecho transcrito, aduz que:

Muitas crianças vítimas de maus tratos escondem o passado no fundo de si tão profundamente que a possibilidade de elas próprias virem a maltratar alguém é impensável. Vivem vidas normais, casam, constituem família e constroem carreiras. Mas os problemas comuns da vida do dia-a-dia muitas vezes levam aquele que foi vítima de maus tratos, a agir como lhe ensinaram em criança. As esposas e as crianças tornam-se então o objeto das suas frustrações; e sem terem consciência disso, fecham o círculo, completando o incessante ciclo da raiva. Algumas crianças vítimas de maus tratos mantêm-se sossegadamente fechadas nas suas conchas. Olham para o outro lado acreditando que, se ignorarem o passado, ele desaparece. Parecem acreditar que, acima de tudo, a Caixa de Pandora deve permanecer fechada. (PELZER, 2006, p. 51).

A criança ou adolescente vítima de maus-tratos tem o seu psicológico afetado pelos atos abusivos cometidos, mesmo que de forma física, porque o fato irá ficar marcado em todo o desenvolvimento.

Outro fator social que contribui para uma aplicação errônea é a distinção precitada que alguns juristas aceitam sobre a forma que os pais de classes diferentes agem no cuidado de seus filhos. No Código Penal Comentado, os autores (DELMANTO, 2000, p. 272) mencionam no que tange o nível social que:

O fato de o pai ser humilde e rude não justifica o delito, mas permite que se opte pela sanção mais branda (TACrSP, Julgados 68/306). Na correção aplicada pelos pais deve-se ter em conta o nível social da família, pois os limites do direito de corrigir são elásticos (TACrSP, Julgados 77/187).

Pelo transcrito, existe a admissibilidade para aplicar a sanção do crime em diferentes níveis sociais, logo, caso uma família de classe elevada cometa o crime de maus-tratos na sua pior face, poderá ser julgado nos moldes dos seus padrões financeiros e isso fere diretamente o princípio da igualdade contida em nossa Constituição Federal.

São tantas famílias que necessitam de apoio para educar seus filhos com dignidade e a própria justiça de fato discrimina o tratamento dado pelos pais aos filhos numa família de classe inferior. É uma contradição que remete para um pensamento no qual a justiça favorece aquele que pode mais. É certo que a maioria das famílias humildes tem sua maneira de educar seus filhos, mas esses julgados congelam a mudança social, visto que renuncia tratar igualmente as pessoas de classes distintas.

A discrepância que refere o jurista na aplicação desses argumentos remonta em uma injustiça perante pessoas que apesar da pouca condição, buscam ensinar seus filhos e assim acaba por dificultar ainda mais aquele que almeja um futuro promissor ou ao menos mostrar que a mesma aplicação do direito pode ser dada qualquer classe social. O que deve ser feito é uma averiguação de cada caso concreto, sem discriminação socioeconômica, realizando os ditames da Constituição Federal.

Não se deve esquecer que no crime de maus-tratos é punido o abuso cometido, e embora haja uma caracterização plausível, isso não quer dizer que deva haver diferenças de limitações entre os níveis sociais de cada família porque nesse delito visa tutelar o indivíduo para que não ocorra perigo a vida ou a sua saúde, logo, não pode haver divergências, mas executar a lei na forma correspondente ao devido caso.

#### 4.3 DISTINÇÃO DO CRIME DE MAUS-TRATOS COM O CRIME DE TORTURA E SUA IMPORTÂNCIA COM RELAÇÃO À LEI N. 2.654/03

O rol de condutas praticadas pelo agente sobre o delito de maus-tratos reflete sobre as diferenças que surgem com demais crimes. Nesse entendimento, a tortura assemelha-se bastante quando o crime é classificado como próprio

Nesse sentido, se o crime de maus-tratos é praticado, mas no desenrolar da conduta e pela passagem do tempo a violência aplicada sobre a vítima aumentar, a ponto de bater apenas por satisfação pessoal, por alguma raiva qualquer, aproveitando-se da fragilidade da vítima, o crime pode ser o de tortura. Portanto, mesmo com aplicação de correção, o abuso muitas vezes ultrapassa os limites impostos pela tipificação do delito e assim acaba gerando uma confusão.

Com o surgimento do Projeto de Lei que regulamenta a proibição da palmada, no qual os pais utilizam para melhor educar seus filhos possui uma divergência doutrinária significativa.

O ponto relevante do embate está na caracterização do castigo. O PL nº. 2.654/03 proíbe qualquer agressão física praticada contra a criança ou o adolescente. Porém, o crime de maus-tratos prevê a possibilidade do castigo

moderado, desde que praticado com limitações e que não prejudique na evolução psicológica dos mesmos.

O art. 1638, I, do CC será alterado com a vigência desse projeto, retirando o enunciado "castigo imoderado".

Assim, serão estudadas as distinções com o crime de tortura e o ponto de divergência com o a Lei nº. 2.654/03.

#### **4.3.1 Diferenciação do crime de maus-tratos com o delito da tortura**

O crime de maus-tratos é semelhante a tortura no tocante aos seus atos praticados, pois nem sempre os motivos do infrator remetem sobre a tipificação ao crime específico, causando uma confusão entre os delitos. Na tortura, art. 1º, II, está classificado como crime próprio e que objetiva castigar a vítima ou fazer uma medida de caráter preventivo através de um intenso sofrimento físico ou mental. Isto posto, o conflito está na intenção do agente ao praticar o delito e o que deve ser analisado são os métodos utilizados, pois mesmo que no crime de maus-tratos a prática seja feita com o intuito de correção e disciplina, sua mudança poderá decorrer no momento em que o uso dos meios de correção transformam em puro ódio do agente que por fim usa outros meios e dessa forma exagera na execução dos atos.

Se o agente realiza a conduta, pela vontade em aplicar o uso de correção e disciplina e desnecessariamente abusa dos meios de correção, como por exemplo, por um ferro em brasa na vítima, ocorrerá uma qualificação do crime de maus-tratos. Contudo, se o agente altera sua vontade e aplica métodos por puro sadismo, o crime passará a ser de tortura, pois está submetendo a vítima a intenso sofrimento físico sem motivos.

Com efeito, no mesmo sentido afirma o doutrinador Fernando Capez (2008, p.230):

De acordo com o art. 1º, II, da referida lei, constitui crime de tortura "submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo: pena: reclusão, de dois a oito anos". Essa forma de tortura muito se assemelha, portanto, ao crime de maus-tratos acima estudado. O crime de tortura,

contudo, ao contrário do crime de maus-tratos, apresenta-se da seguinte maneira: *a) elemento normativo* – o delito de tortura exige para sua configuração típica que a vítima seja submetida a intenso sofrimento físico ou mental; cuida-se, aqui, portanto, de situações extremadas (p. ex., aplicar ferro em brasa na vítima); *b) elemento subjetivo* – exige-se que o móvel propulsor da conduta seja a vontade de fazer a vítima sofrer por sadismo, ódio. Ao contrário da tortura, no delito de maus-tratos ocorre abuso nos meios de correção e disciplina, de maneira que o elemento subjetivo que o informa é o *animus corrigendi* ou *disciplinandi*, e não o sadismo, o ódio, a vontade de ver a vítima sofrer desnecessariamente.

Seguindo o contexto, somente será caracterizado o crime de maus-tratos quando não ocorrer o intenso sofrimento físico ou mental e sempre que o agente atuar com o animo de corrigir ou disciplinar. Destarte, é preciso estudar o elemento volitivo, pois mesmo que haja o sofrimento físico ou mental, se o agente realiza a conduta pela vontade de corrigir, estará caracterizado o crime de maus-tratos, que poderá configurar a forma qualificada caso venha a vítima a sofrer lesões graves ou no caso de morte.

No que diz respeito ao ECA, no seu art. 232, conforme aduz (CAPEZ, 2008, p. 234), deve ser aplicado o princípio da especialidade se o agente submete a criança ou o adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou constrangimento. Vale salientar que no caso de constrangimento, se a conduta causar claros transtornos mentais na vítima e a intenção deixar de ser o *animus corrigendi*, poderá descaracterizar o crime de maus-tratos para o de tortura porque o delito também enquadra a caracterização de intensos sofrimentos mentais, mesmo que o agente não tivesse algum vínculo jurídico. Atualmente se a vítima se tratar de uma criança ou adolescente os maus-tratos podem configurar o crime de tortura de acordo com o art. 1º, II, da Lei n. 9455/97, sendo que para sua caracterização, devem estar contidos os elementos do tipo. É o que ensina (MIRABETE, 2002, p. 145):

Quando a vítima é criança (com idade até 12 anos) ou adolescente (até 18 anos), os maus-tratos podem configurar o crime de tortura, antes previsto no art. 233 da Lei n. 8.069, de 13-7-90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e agora definido no art. 1º, II, da Lei nº 9455, de 7-4-97, desde que presente os elementos do tipo penal. O crime autônomo só se configura se a tortura for infligida como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

O mesmo entendimento no que engloba a possibilidade do crime de tortura está elencado pelo doutrinador Rogério Greco (2008, p.391) quando afirma

que o crime é de dano, ao contrário dos maus-tratos que é de perigo e que não existe ainda uma identidade que faça a ligação de motivos. Nas suas palavras:

[...] o agente que pratica o delito de tortura age, sempre, com dolo de dano, ou seja, sua finalidade, ab initio, é a de causar intenso sofrimento físico ou mental à vítima. Não existe, ainda, coincidência de motivação entre o delito de tortura e o crime de maus-tratos. Neste, o agente atua para fins de educação, ensino, tratamento ou custódia; naquele, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Geralmente a passagem do crime de maus-tratos para o de tortura acontece nos sistemas prisionais, onde carcereiros usam dos meios abusivos para corrigir ou disciplinar os presos e na medida em que a tolerância vai diminuindo devido a fatores como resistência, provocações dos presos, a aplicação dos atos abusivos muda para um estágio crítico, no qual o carcereiro cria ódio e provoca no prisioneiro um intenso sofrimento físico ou mental, esquecendo que o objetivo inicial era atribuir ordem no sistema.

Mesmo que os agentes penitenciários conheçam sobre a existência de leis que tragam um prejuízo maior, o domínio instaurado no estabelecimento é supremo, ao ponto de que até mesmo a fiscalização local é corrompida. O funcionário público poderá perder seu cargo. A lei da tortura pronuncia-se sobre a referida questão e Alexandre de Moraes (2000, p. 117), relata em seu livro que:

Aqueles que forem condenados pela prática das condutas típicas definidas pelo legislador ordinária como crime de tortura estarão sujeitos, além da pena privativa de liberdade, a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada (art. 1º, §5º). Dessa forma, o agente que sofrer condenação pela prática do delito de tortura, além de perder seu cargo, função ou emprego público, não poderá exercer outro cargo, função ou emprego público, durante o dobro do prazo de sua pena privativa de liberdade.

Ao passo que o delito de maus-tratos domina no sistema prisional, com o objetivo de cumprir suas responsabilidades, muitos agentes penitenciários usam do meio mais simples de correção, tendo em vista que para evitar a desordem ocasionada pelos presos, muitas vezes o limite é ultrapassado. Um exemplo é no momento que o agente irá apartar uma briga que dura no estabelecimento alguns meses. O correto seria uma transferência de um dos detentos para outro local ou alguma pena interna permitida em lei, no entanto, ao invés disso, a briga entre os

presidiários é separada através do sofrimento físico e posteriormente os mesmos estarão sujeitos aos maus-tratos para impor a ordem. O aparecimento da tortura decorre dos problemas que os presos vão causando mesmo após os atos de maus-tratos aplicados porque se chega a um limite que para o carcereiro é o único meio de finalizar a situação.

Vale salientar que ocorrerá a tortura entre os próprios presos, pois em um sistema defasado, não há regras limitadas e a desorganização permite que certos prisioneiros tirem proveito da situação. Como cita Luiz Flávio Borges D'urso (1999, p. 69) no seu livro:

[...] o sistema prisional está muito mais perto de todos nós do que possamos imaginar e, para tanto, representamos um exemplo pinçado da realidade atual: um jovem, que poderia ser nosso filho, utiliza-se de uma carona com alguém que conhece pouco e, durante o trajeto, ocorre uma "batida policial", em que se encontram no interior do veículo 100 gramas de cocaína. A verdade insofismável é que aquela droga pertence ao condutor daquele carro e que o jovem – repito, que poderia ser nosso filho – é totalmente inocente. Todavia, ambos, o condutor culpado e o jovem inocente, são autuados em flagrante delito por tráfico de entorpecentes. Isso representa um embaraço gigantesco para o jovem, que não poderá ter arbitrada fiança, tampouco responder seu processo em liberdade, uma vez que o apontado como autor de um desses crimes tenha qualquer favor legal, inclusive o de responder seu processo em liberdade. Dessa maneira, nosso inocente jovem permanecerá preso durante seu processo numa unidade prisional qualquer, misturado aos demais criminosos, até com presos perigosos, viverá na promiscuidade, comerá o que sobrar e dormirá no chão num distrito superlotado.

A violência dentro dos presídios tende só a piorar, pois enquanto o modo de tratamento dos carcereiros e demais funcionários com os presos forem abusivos, causando maus-tratos e distorcendo sua reabilitação social, os presos continuarão rebeldes e despreparados para o retorno a sociedade.

Além disso, pela convivência em celas superlotadas, tendo como apoio a negligência das entidades governamentais, irão se transformar veementemente em profissionais do crime.

#### 4.3.2 Emenda Constitucional nº 45 e o crime de tortura

A emenda constitucional nº 45 trouxe importantes mudanças para que uma norma internacional se adapte ao direito pátrio, sob o nível constitucional. Desse modo, os tratados que se relacionam aos direitos humanos são equiparados as emendas constitucionais, possuindo força de lei ordinária. O delito de tortura está contido em tratados e convenções internacionais que se referem aos direitos humanos, demonstrando sua relevância em tutelar esse crime.

Historicamente a doutrina considerava que o país signatário de tratado que envolvesse direitos humanos estariam imediatamente encaixados com status de norma constitucional, haja vista que entendiam manter a prevalência de tais direitos fundamentais previstos no art. 4º, II da CF. Assim sendo, para que um tratado seja reconhecido no ordenamento com status de norma constitucional, é necessário que o conteúdo do mesmo seja direcionado sobre questões de direitos humanos; decorra da aprovação seguida no mesmo procedimento das emendas constitucionais, ou seja, deliberação nas casas do Congresso Nacional em dois turnos de aprovação, sendo preciso obter três quintos dos votos dos membros.

No ordenamento jurídico brasileiro, além das interpretações dos princípios que norteiam os tratados, também é analisado seu prisma jurídico, correlacionando as normas da constituição para que seja verificado se não há nenhuma divergência. Portanto, o estudo dos tratados relacionados aos direitos humanos, considerando inclusive aqueles que destacam os delitos de tortura, deve ser entendido como uma lei ordinária, de tal modo que possa dar eficácia na sua aplicação. No entanto, vale salientar que a EC nº 45 é recente e por isso os antigos tratados assinados anteriormente a CF/88 não abarcam seu entendimento.

No mesmo sentido, os tratados e convenções anteriores a CF/88 deve ser entendidos pela hermenêutica jurídica como normas automaticamente incorporadas ao ordenamento pátrio com autonomia de norma da Constituição. A exemplo da Convenção de Viena, está inserido na Constituição como uma norma autônoma, de tal modo que é possível mover o sistema governamental para impor a ordem sobre determinada área na qual o delito está sendo realizado, principalmente se o autor se tratar de um estrangeiro.

Em síntese, a EC nº 45 visa proporcionar eficácia nas normas internacionais em que o Brasil assinou, objetivando facilitar o uso do seu conteúdo para fins de maior proteção interna. Por outro lado o Brasil não utiliza de uma forma adequada as leis internacionais, pois na criação da lei da tortura, Lei nº 9.455/97,

contraria doutrinariamente os tratados que especificam o tema, dificultando sua aplicabilidade e, por conseguinte, entrando em conflito com delitos como os maus-tratos, disposto no art. 136 do CP.

A possibilidade de igualar os tratados e convenções internacionais nas emendas constitucionais corrobora fatores que proporcionam o aparato jurídico brasileiro na busca de tutelar os direitos humanos, principalmente no que tange a prática da tortura. Apesar da inutilização desse entendimento abarcado pela carta maior, não existe meios de combate ao específico delito atualmente. O que se observa é a criação de uma lei ineficaz que erroneamente conceitua o delito como crime próprio. Em virtude disso, a EC nº 45 não consegue atingir a finalidade em atribuir aos tratados força de emenda constitucional e nem tão pouco transfere plena autonomia para tratados assinados antes da CF/88 porque a própria legislação do Brasil cria leis que confrontam com o poder normativo. Sendo assim, é formada uma barreira que impede o avanço do uso dessa emenda.

#### **4.3.3 A divergência do crime de maus-tratos com o Projeto de Lei de n. 2.654/03**

A sociedade é marcada por um histórico de educação calcado em idéias de que os pais possuem liberdade para educar seus filhos de uma forma moderada, ou seja, desde que o seu filho não apresente quaisquer deformações físicas ou transtornos mentais, poderá usar de meios corretivos para melhor discipliná-lo em todos os momentos que considerar necessário.

Nos dias atuais, o Brasil discute sobre a existência da nova lei que foi assinada pelo presidente, conhecida como “lei da palmada”, visa coibir qualquer conduta violenta aplicada pelos pais sobre seus filhos. No entanto, a divergência doutrinária e jurídica tem respaldo importante e a sociedade não se encontra preparada para seguir o conteúdo dessa lei.

Na CF a regra não é diferente. No seu art. 227 diz que:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito a vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à

dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Nesse sentido, há um limite da metodologia criada pelos pais para aplicar aos seus filhos. A Constituição não proíbe os meios que usam os pais para disciplinar seus filhos, somente focaliza o que deve ser cumprido. Dessa forma, a educação pode ser aplicada mediante diversos meios, desde que não prejudique no desenvolvimento da criança ou adolescente.

É uma controvérsia explanar sobre o direito que possui a criança ou adolescente na eficácia da educação. O conteúdo do PL nº. 2.654/03 deve ser compreendido apenas em como aplicar os meios de evoluir na criação dos filhos. Entende ser correto o professor e advogado Ailton Elisiario (2010) ao dizer em seu artigo que:

O ordenamento jurídico brasileiro incorpora a visão da não violência, quando trata dos direitos humanos e da defesa da dignidade humana. Maltratar crianças e adolescentes não goza da proteção jurídica, mesmo com o intuito de ensiná-los e educá-los. Estão aí o Estatuto da Criança e do Adolescente que condena os maus-tratos e o Código Penal que pune severamente os crimes violentos. Portanto, acho uma bobagem esse projeto. Se a lei já trata do assunto, não há porque se ter mais uma que, de certo, nascerá letra morta, pois será sem dúvidas de difícil aplicação, sem falar na própria controvérsia da proposta.<sup>6</sup>

A Lei de nº. 2.654/03 proíbe qualquer tipo de agressão física em crianças e adolescentes. Portanto, a sociedade terá que adaptar-se a uma lei que veda qualquer forma de castigo físico e o que antes era tolerável, passará a ser crime previsto no ECA. Para os infratores, as penas são advertência, encaminhamento a programas de proteção à família e orientação psicológica. Assim, o escopo da lei é criar métodos que contradizem com educar a base de palmadas, mesmo que sejam leves e que não prejudiquem o desenvolvimento da criança ou adolescente. O caminho a ser trilhado no meio social é bastante complexo, haja vista que crimes mais relevantes raramente são punidos nessa nova lei não haverá uma eficácia na fiscalização.

---

<sup>6</sup> SOUSA, Ailton Elisiario de. Lei da Palmada. Publicado em 12 de agosto de 2010. **Artigonal**. Disponível em: <<http://www.artigonal.com/legislacao-artigos/lei-da-palmada-3026394.html>>. Acesso em: 13 de outubro de 2010.

A então chamada lei da palmada altera a Lei de nº. 8.069, de 13/07/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, e a Lei 10.406, de 10/01/2002, o Novo Código Civil, estabelecendo o direito da criança e do adolescente a não serem submetidos a qualquer forma de punição corporal, mediante a adoção de castigos moderados ou imoderados, sob a alegação de quaisquer propósitos, ainda que pedagógicos.

A divergência que segue com o crime de maus-tratos está na sua forma de aplicar imoderadamente os atos sobre as vítimas, enquanto que, na lei da palmada não pode sequer existir uma moderação. A controvérsia é clara e deve haver uma mudança legislativa para adaptar a nova lei aos crimes previstos no Código Penal. Além do mais, não se pode mencionar essa lei sobre qualquer caso concreto nos dias de hoje, pois a sociedade ainda está acostumada a educar seus filhos mediante algumas palmadas, sem intuito de machucar a criança, mas tão somente para discipliná-lo.

O crime de maus-tratos versa justamente esse entendimento, não coibindo os atos quando são feitos de uma maneira moderada. O exagero obviamente deve provocar na criança ou adolescente dores físicas e de demorada cura, além de ocasionar sintomas emocionais graves, logo, estará configurado o delito de maus-tratos. Porém, quando o pai utiliza moderadamente da palmada, sem trazer algum transtorno psicológico ou algum problema físico eminentemente duradouro, estará apenas usando um método para que seu filho o obedeça. É o que leciona Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 382) no seu livro de Direito Civil Brasileiro:

A doutrina em geral entende que o advérbio "imoderadamente" serve para legitimar o *jus corrigendi* na pessoa do pai, pois a infração ao dever só se caracteriza quando for excessivo o castigo. Desse modo, ao incluir a vedação ao castigo imoderado, implicitamente o Código Civil estaria admitindo o castigo físico moderado.

A correção moderada sobre o filho pode ser aceita no vigente Código Civil atual, desde que não afete a saúde do menor, não chegando ao ponto de causar-lhe risco de vida. Nessa compreensão, o *jus corrigendi* é corretamente utilizado quando não há o excesso de castigos. Embora o PL n. 2.654/03 proíba qualquer meio de castigo a ser aplicada na criança e adolescente, sua atuação não deve ultrapassar os limites do Código Civil. Maria Helena Diniz (2007, p. 528) cita dois julgados, um

em Minas Gerais quando fala sobre o castigo imoderado, uma das causas de destituição do poder familiar. No mesmo sentido, a doutrinadora ainda cita outro julgado sobre o castigo imoderado, afirmando que pode existir sua aplicação de forma moderada, de acordo com o seguinte julgado:

[...] a esse respeito, permite-se que o juiz decrete a perda do poder familiar ao pai ou mãe que der causa a situação irregular do menor, por torná-lo vítima de maus-tratos (TJMG, Ap. 000.151.088-2/00, 2ª Câmara Cív., rel. Des. Abreu Leite, j. 15-2-2000), de tentativa de homicídio, de opressão ou castigos imoderados impostos por eles ou por responsável. [...] O corretivo aplicado pelo pai que resulta em leves escoriações ou hematomas não afetando a saúde do menor, nem colocando em risco sua vida, não caracteriza o excesso do jus corrigendi (TACrim, 5ª Câmara, Ap. 914.699/6-Matão, rel. Juiz Edgar Coelho, j. 10-5-1995, v.u., ementa).

No Código Civil, poderá ser aplicada a pena civil aos pais que castigarem imoderadamente seus filhos. Conforme ensina César Fiuza (2010, p. 1011), a família ou um dos pais poderão perder o poder familiar. Desta feita, o castigo imoderado causa não só sanções penais, como também civis quando se trata da guarda da família. O projeto de lei visa retirar do art. 1638, I, do CC, o contexto “castigar imoderadamente o filho” porque diverge com a mesma ao permitir que possa ser aplicado o castigo moderado.

Pelo que assinala a doutrina e considerando o contexto social nos dias atuais, será bastante complicado adaptar o projeto de lei. Seria bem mais fácil corrigir a redação dada ao crime de maus-tratos, proibindo de uma forma geral qualquer castigo físico ou moral sobre a criança ou o adolescente.

Tendo em vista a complexidade do projeto da lei da palmada e considerando todas as críticas de âmbito social e doutrinário, é mais eficaz promover meios educativos aos pais para educar seus filhos ou ao menos engajar diretrizes para solucionar os problemas de disciplina sobre os filhos ou ainda modificar o conteúdo desse projeto de lei, pois é muito radical controlar o poder familiar e administrativo na educação das crianças e adolescentes.

O PL nº. 2.654/03 não pode ser taxativo nas suas sanções porque existem muitos outros pontos relevantes para se preocupar. O delito de maus-tratos trata bem a definição de uma agressão física que causa problemas para uma criança ou adolescente de uma simples correção disciplinar que visa educá-la de forma saudável. Isto posto, o Estado precisa agir nas comunidades não criando leis

que não condizem com a realidade, mas objetivando o desenvolvimento de projetos educativos aos pais, criando formas de combate ao espancamento e outras formas prejudiciais de agressão. Uma jornalista explana bem o entendimento sobre a lei da palmada:

Me preocupa muito, por exemplo, o fato de demorarmos a agir no caso das denúncias de espancamentos e de agressão sexual. Assim como me preocupa a falta de instrumentos de proteção efetivos para amparar as crianças violadas de todas as formas. Quem trabalha com a prevenção da violência contra crianças sabe que há escassez de assistência. Isso resulta em traumas físicos e psicológicos para as vítimas e impunidade para os agressores. Quando o Estado coloca a palmada e o espancamento no mesmo nível, como se fosse a mesma coisa, todas as lacunas de prevenção, assistência e repressão podem se tornar ainda mais largas. Se o Estado se propõe a entrar na casa das pessoas e fiscalizar se todos os pais do Brasil estão dando ou não palmadas em seus filhos, em vez de concentrar seus recursos e esforços naquilo que é importante – a prevenção do espancamento e a punição dos espancadores, assim como dos abusadores de todo tipo – temo que o tiro possa sair pela culatra, com o perdão do clichê. Acho que na vida, seja para um governante, um legislador ou um cidadão comum, é importante ter foco.<sup>7</sup>

Em suma, o crime de maus-tratos tem maior relevância e não necessita ser alterado porque sua definição distingue de forma plausível o que poderia ser um castigo moderado. Dessa forma, não é necessária uma mudança na legislação, pois a o castigo moderado em nada vai prejudicar no desenvolvimento da criança ou adolescente.

---

<sup>7</sup> Brum, Eliane. Palmada na lei. **Revista Época**. Publicado em 26 de julho de 2010. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI157752-15230,00-PALMADA+NA+LEI.html>>

## 5 CONCLUSÃO

Atualmente o delito de tortura tipificado na Lei de nº. 9.455/97 está em contraditório aos princípios constitucionais e aos tratados e convenções internacionais adotados pelo Brasil, cuja teoria legal não se adapta a lei da tortura.

O conceito de tortura como crime próprio já está definido no ordenamento jurídico e em grau de Constitucionalidade. Desta feita, não há como o legislador criar uma lei que trate da tortura sem que lesione norma de caráter constitucional, ou seja, impossível elaborar um tipo penal para o delito de tortura sem considerar o conceito já aprovado em convenções internacionais.

Nesse ínterim, está exposto que a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis Desumanos ou Degradantes, do ano de 1984, e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, datada de 1985, o qual esta é mais explícita com relação à caracterização do tipo e seus responsáveis e que são convenções de que o Brasil é signatário, conceituaram a prática da tortura como crime próprio.

O crime não alude corretamente na legislação penal porque não está de acordo com as regras contidas na lei que tipifica o crime internacionalmente e que o Brasil assinou. Portanto, trata-se de um crime inconstitucional. A lei de crimes hediondos não menciona um conceito apropriado sobre a tortura, manifestando-se apenas como uma característica de crime a inafiançável de anistia, graça e indulto. Todavia, o ordenamento jurídico brasileiro já abriu brechas sobre a anistia, possibilitando seu perdão para alguns políticos na época e que hoje ainda é visto de forma protegida na força da lei.

O maior exemplo disso nasceu no final da década de 60, quando muitos políticos foram beneficiados com a lei da anistia. Hoje, a tortura encontra-se num patamar criminal de poucas evidências. Há uma verdadeira ausência de denúncias sobre o crime de tortura e há poucos registros que indiquem sua existência. Mas a realidade é outra, a tortura atualmente é vista como um delito cometido as escuras, no qual fica impossível de desvendar. Geralmente provém de coações que não permitem que a vítima se revele o delito. Provavelmente ao promulgar e publicar a lei da tortura como um crime comum foi visado justamente a proteção indireta de determinados políticos, pois ao tornar amplo seu alcance houve o surgimento de

delitos praticados por quaisquer pessoas e adiante foi ressaltado novas jurisprudências, de modo a inibir torturadores privilegiados.

Doravante, é preciso efetuar propostas para a elaboração de lei que torne possível a tortura um crime autônomo descrito no CP, a fim de que obtenha desempenho eficaz no seu conceito criminal, a descrição exata das condutas em consonância com as leis internacionais e por intermédio desse trabalho, este crime seja visto com mais cautela e construções jurisprudenciais.

No tocante as provas ilícitas, CF, art. 5º, LVI, obtidas mediante confissões através da prática de tortura, a lei atua como uma mola propulsora da ocultação do delito, pois não averigua a fonte ou em muitos casos, pela ordem socioeconômica e política, ocorrem desvios e as provas são usadas de forma errônea pela justiça.

Mediante o exposto, as provas ilícitas, transformam o ambiente jurídico em uma forma de o agente criminoso conseguir obter aquilo que almeja, haja vista que após a obtenção da prova, fará proveito ao seu favor. Nesse sentido, se pode afirmar que a tortura, como crime que nos dias de hoje ainda é muito oculto na sociedade, pela falta de denúncias ou até mesmo medo das vítimas, torna a taxa da criminalidade elevada, tanto no sistema social, como no judicial.

Sinteticamente, a insensatez e desprezo como é tratado o crime de tortura, seja pela Lei. nº. 8.072/90 ou pela lei que é específica de nº. 9.455/97, constata indubitavelmente que é inconstitucional e urgentemente o país tem que tomar medidas necessárias para que nasça uma nova lei no CP, uma norma que tipifique o crime de tortura como próprio, sem deixar de lado o acometimento da prática por pessoas civis. Então, não pode o legislador fugir da realidade que ocorre nos dias atuais, nos atos de tortura que acontece diariamente nos sistemas penitenciários, na brutalidade com que os pais utilizam da tortura para satisfazer alguma vontade sobre os filhos, no seu uso pelas organizações criminosas a fim de buscar informações valiosas ou de quem são vítimas funcionários públicos que trabalham em determinada agência e possuem importantes informações.

O delito de tortura tem que ser fiscalizado com mais rigor, seja no ramo administrativo, seja em determinada sociedade porque é de suma importância fazer com que a lei seja efetuada, mas que tenha a mesma, regras precisas para tutelar os direitos fundamentais da vítima.

O caminho para a justiça contra a tortura está no reconhecimento dos erros legislativos e na história, a fim de abolir a burocracia do nosso país e editar

verdadeiras leis que não sejam apenas vagas e ocupem espaço, mas que sirvam para o aplicador do direito como instrumento sobre a possível causa concreta que venha surgir, sem desvio algum de outro entendimento.

Para sua mudança se faz necessário que seja mencionado como um crime autônomo no Código Penal Brasileiro, tratando-se posteriormente de um crime próprio e com incisos que indique as condutas realizadas por demais sujeitos.

Com relação ao crime de maus-tratos, é necessário impetrar novas concepções em sua penalidade, bem como mencionar atualizar seu entendimento doutrinário em correspondência com o ECA.

No que se refere à pena do crime de maus-tratos, não existe o nexo adequado com a realidade fática dos dias atuais. Trata-se de uma pena ínfima e mesmo nas formas qualificadas o delito não abrange a correta sanção penal. Portanto, se faz imprescindível uma mudança no código sobre as penas, haja vista que a prática do crime de maus-tratos ocorre em grande maioria de forma seqüencial, ou seja, a criança, o prisioneiro, o aluno sofrem diariamente. Logo, é desproporcional a pena a ser aplicada a conduta realizada pelo agente.

Sobre o atual elo do crime de maus-tratos e o ECA, importante lembrar que seu conceito se confunde com o delito de tortura perante a Lei 9.455/97, quando configura o crime próprio. Embora a diferença seja a motivação das condutas empregadas, depende de como as mesmas são praticadas pelo agente.

Diante do exposto, a doutrina refere que o crime é de maus-tratos sempre que for aplicado o castigo físico ou mental como forma de disciplina, de correção sobre a vítima de forma imoderada. No entanto, não especifica os limites das agressões feitas, de modo que, apesar do crime de tortura ser aplicado apenas pelo ódio e sadismo com o objetivo de obter confissões ou forçar alguém a fazer algo que contrarie suas atividades, se for usado métodos sádicos, cruéis e degradantes como, por exemplo, o uso do ferro quente sobre a vítima com o intuito de discipliná-la, deverá ser configurado o crime de tortura, visto seu instrumento utilizado na conduta delituosa, o qual é uma maneira excessiva na tentativa de educar.

Em uma análise conclusiva do PL 2.654/03 que veda qualquer tipo de agressão física sobre uma criança ou adolescente, em consonância com o poder hierárquico constitucional, deve ser questionado sua vigência para que seja descartada a possibilidade de sua aplicação legal, pois o castigo moderado explicado pelos doutrinadores sobre o delito de maus-tratos é aceitável desde que

não prejudique o desenvolvimento da criança e do adolescente. A sociedade brasileira não está apta para seguir as rédeas dessa nova concepção jurídica sobre o tratamento das crianças. Por outro lado, muitos pais nos dias atuais buscam educar seus filhos sem a necessidade de uma palmada. Porém, ainda é muito precoce e o Estado não tomaria de conta sem uma devida fiscalização. Portanto, no que tange as sanções criadas pelo projeto, seria mais adequado transformá-la em técnicas de função social política, servindo como estratégica para o crescimento saudável desse projeto de lei.

## REFERÊNCIAS

BECCARIA, C. **Dos Delitos e das Penas**. 2ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Código Penal e Constituição Federal**. Colaboração de Antonio L. de Toledo Pinto, Márcia V. dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição**: República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2007.

\_\_\_\_\_. Lei 9.455 de 7 de abril de 1997. Define o crime de tortura e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 07 de abr de 1997. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9455.htm>> Acesso em: 27 de outubro de 2010.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei 2.654 de novembro de 2003. Dispõe sobre a alteração da Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990 e da Lei nº 10.406 de 10 de fevereiro de 2002, estabelecendo o direito da criança e do adolescente a não serem submetidos a qualquer forma de punição corporal, mediante a adoção de castigos moderados ou imoderados, sob a alegação de quaisquer propósitos, ainda que pedagógicos, e dá outras providências. **Fundação para Criança e Adolescente**, Rio de Janeiro, RJ, novembro de 2003. Disponível em: <<http://www.fia.rj.gov.br/legislacao/leidapalmada.pdf> > Acesso em: 22 de novembro de 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Jurisprudência: Habeas corpus: HC 80804 SP**. Brasília, 17 de abril de 2001. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/777629/habeas-corpus-hc-80804-sp-stf>>. Acesso em: 22 de setembro de 2010.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Jurisprudência: 20020910021746APR. Diário da Justiça**. Brasília, DF, 22 de setembro de 2004. Disponível em: <[http://www.centraljuridica.com/jurisprudencia/g/3/b/tortura/direito\\_penal/direito\\_penal.html](http://www.centraljuridica.com/jurisprudencia/g/3/b/tortura/direito_penal/direito_penal.html)>. Acesso em: 22 de setembro de 2010.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Acórdão nº 1.0000.00.220572-2/000(1)**. Minas Gerais, 21 de junho de 2001. Disponível em: <<http://br.vlex.com/vid/41477478#ixzz110z8SgAL>>. Acesso em: 30 de setembro de 2010.

\_\_\_\_\_. Tribunal de justiça de Minas Gerais. **Jurisprudência: 1.0467.03.900298-6/001(1)**. Belo Horizonte, 22 de agosto de 2007. Disponível em: <[http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt\\_/inteiro\\_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=408&ano=2&txt\\_processo=1591&complemento=1](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=408&ano=2&txt_processo=1591&complemento=1)>. Acesso em 27 de setembro de 2010.

BRUM, Eliane. Palmada na lei. **Revista Época**. Publicado em 26 de julho de 2010. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI157752-15230,00-PALMADA+NA+LEI.html>>. Acesso em: 15 de outubro de 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 2**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 4: legislação penal especial**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 15ªed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

DELMANTO, Celso. et al. **Código Penal Comentado**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 5º volume**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_, Maria Helena. **Dicionário Jurídico, Volume 4**. São Paulo: Saraiva, 1998.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Direito criminal na atualidade**. São Paulo: Atlas, 1999.

FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

FON, Antonio Carlos. **Tortura: a história da repressão política no Brasil**. 6ª Ed. São Paulo: Global, 1981.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial, volume II**. 5ª ed. Niterói: Imperus, 2008.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. 9ª ed. São Paulo: Rideel, 2007.

JUSBRASIL, Notícias Jurídicas. **Adin da OAB sobre a Lei da Anistia deverá ser julgada este semestre, diz STF**. 31 de janeiro de 2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2071918/adin-da-oab-sobre-a-lei-da-anistia-devera-ser-julgada-este-semester-diz-stf>>. Acesso em: 28 de setembro de 2010.

JESUS, Damásio E. de. **Novíssimas Questões Criminais**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

LEAL, João José. **Crimes hediondos: aspectos políticos-jurídicos da Lei nº 8.072/90**. São Paulo: Atlas, 1996.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal, volume 2**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

\_\_\_\_\_, J. F.; FABBRINI, R. N. **Manual de Direito Penal**. 24ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_, Julio Fabbrini. **Tortura: notas sobre a Lei nº 9455/97**. Revista da Associação Paulista do Ministério Público. Agosto de 1997.

MORAIS, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação Penal Especial**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOSSIM, Heráclito Antônio. **Júri crimes e processo**. São Paulo: Atlas, 1999.

NETO, Antônio Hortêncio Rocha. **Comentários a lei de Tortura. Datavenia Revista Jurídica**. João Pessoa, 17 de abril de 1997. Disponível em: <[http://www.datavenia.net/artigos/Direito\\_Penal/antonio.html](http://www.datavenia.net/artigos/Direito_Penal/antonio.html)> Acesso em: 20 de setembro de 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal; parte geral; parte especial**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.

PELZER, Dave. **Uma criança chamada coisa**. Porto: AMBAR, 1995.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SOUSA, Ailton Elisiario de. Lei da Palmada. Publicado em 12 de agosto de 2010. **Artigonal**. Disponível em: <<http://www.artigonal.com/legislacao-artigos/lei-da-palmada-3026394.html>>. Acesso em: 13 de outubro de 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas – A Perda de Legitimidade do Sistema Penal**. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 5ª edição, 2001.

## ANEXO A - LEI 9.455/1997

Define os crimes de tortura e dá outras providências.

O Presidente da República Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Constitui crime de tortura:

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

a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;

b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;

c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

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

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

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

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

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

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

I - se o crime é cometido por agente público;

~~II - se o crime é cometido contra criança, gestante, deficiente e adolescente;~~

II - se o crime é cometido contra criança, gestante, portador de deficiência, adolescente ou maior de 60 (sessenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

III - se o crime é cometido mediante seqüestro.

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

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

§ 7º O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.

Art. 2º O disposto nesta Lei aplica-se ainda quando o crime não tenha sido cometido em território nacional, sendo a vítima brasileira ou encontrando-se o agente em local sob jurisdição brasileira.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º Revoga-se o art. 233 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

Brasília, 7 de abril de 1997; 176º da Independência e 109º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

*Nelson A. Jobim*

**ANEXO B - PROJETO DE LEI Nº 2654 /2003****(Da Deputada Maria do Rosário)**

Dispõe sobre a alteração da Lei 8069, de 13/07/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, e da Lei 10406, de 10/01/2002, o Novo Código Civil, estabelecendo o direito da criança e do adolescente a não serem submetidos a qualquer forma de punição corporal, mediante a adoção de castigos moderados ou imoderados, sob a alegação de quaisquer propósitos, ainda que pedagógicos, e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1o – São acrescentados à Lei 8069, de 13/07/1990, os seguintes artigos:

Art. 18A – A criança e o adolescente têm direito a não serem submetidos a qualquer forma de punição corporal, mediante a adoção de castigos moderados ou imoderados, sob a alegação de quaisquer propósitos, no lar, na escola, em instituição de atendimento público ou privado ou em locais públicos.

Parágrafo único – Para efeito deste artigo será conferida especial proteção à situação de vulnerabilidade à violência que a criança e o adolescente possam sofrer em consequência, entre outras, de sua raça, etnia, gênero ou situação sócio-econômica.

Art. 18B – Verificada a hipótese de punição corporal em face de criança ou adolescente, sob a alegação de quaisquer propósitos, ainda que pedagógicos, os pais, professores ou responsáveis ficarão sujeitos às medidas previstas no artigo 129, incisos I, III, IV e VI desta lei, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Art. 18 D – Cabe ao Estado, com a participação da sociedade:

I. Estimular ações educativas continuadas destinadas a conscientizar o público sobre a ilicitude do uso da violência contra criança e adolescente, ainda que sob a alegação de propósitos pedagógicos;

II. Divulgar instrumentos nacionais e internacionais de proteção dos direitos da criança e do adolescente;

III. Promover reformas curriculares, com vistas a introduzir disciplinas voltadas à proteção dos direitos da criança e do adolescente, nos termos dos artigos 27 e 35, da Lei 9394, de 20/12/1996 e do artigo 1º da Lei 5692, de 11/08/1971, ou a introduzir no currículo do ensino básico e médio um tema transversal referente aos direitos da criança, nos moldes dos Parâmetros Curriculares Nacionais.

Art. 2o – O artigo 1634 da Lei 10.406, de 10/01/2002 (novo Código Civil), passa a ter seguinte redação:

"Art. 1634 – Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

VII. Exigir, sem o uso de força física, moderada ou imoderada, que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição".

Art. 3o – Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação.

## JUSTIFICATIVA

A Constituição Brasileira de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90) e a Convenção sobre os Direitos da Criança (ratificada pelo Brasil em 24.09.90) introduzem, na cultura jurídica brasileira, um novo paradigma inspirado pela concepção da criança e do adolescente como verdadeiros sujeitos de direito, em condição peculiar de desenvolvimento. Este novo paradigma fomenta a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente e consagra uma lógica e uma principiologia próprias voltadas a assegurar a prevalência e a primazia do interesse superior da criança e do adolescente. Na qualidade de sujeitos de direito em condição peculiar de desenvolvimento, à criança e ao adolescente é garantido o direito à proteção especial.

Sob esta perspectiva, a Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 227, estabelece que:

" É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão". Por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao regulamentar o comando constitucional, prescreve, em seu artigo 5º, que:"

Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais". Acrescenta o artigo 18 do mesmo Estatuto: " É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor".

Não obstante os avanços decorrentes da Constituição e do Estatuto, no sentido de garantir o direito da criança e do adolescente ao respeito, à dignidade, à integridade física, psíquica e moral, bem como de colocá-los a salvo de qualquer tratamento desumano ou violento, constata-se que tais avanços não tem sido capazes de romper com uma cultura que admite o uso da violência contra criança e adolescente (a chamada "mania de bater"[1][1]), sob a alegação de quaisquer propósitos, ainda que pedagógicos.

Sob o prisma jurídico, a remanescência desta cultura, por vezes, ainda é admitida e tolerada sob o argumento de que se trata do uso da violência "moderada". Vale dizer, a ordem jurídica tece, de forma implícita, a tênue distinção entre a violência "moderada" e "imoderada", dispondo censura explícita tão somente quando da

ocorrência dessa última modalidade de violência. Destaca-se, neste sentido, o Código Civil de 1916 que, em seu artigo 395, determina que "perderá por ato judicial o pátrio poder o pai, ou a mãe que castigar imoderadamente o filho (...)". Observe-se, como conseqüência, que o castigo "moderado" é, deste modo, aceitável, tolerável e admissível, não implicando qualquer sanção. No Código Penal de 1940, o crime de maus tratos, tipificado no artigo 136, na mesma direção, vem a punir o ato de expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quando do abuso dos meios de correção ou disciplina. Uma vez mais, há que se diferenciar a prática abusiva e não abusiva dos meios de correção ou disciplina, posto que apenas a primeira é punível. Estes dispositivos legais, na prática, têm sido utilizados para o fim de contribuir para a cultura que ainda aceita e tolera o uso da violência "moderada" contra criança e adolescente, sob a alegação de propósitos pedagógicos, na medida em que se pune apenas o uso imoderado da força física. Além disso, há dificuldade em se traçar limites entre um castigo moderado e um castigo imoderado, o que tem propiciado abusos.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a permissão do uso moderado da violência contra crianças e adolescentes faz parte de uma cultura da violência baseada em três classes de fatores: ligados à infância, ligados à família e ligados à violência propriamente dita. Quanto aos primeiros, persiste no Brasil a percepção da criança e do adolescente como grupos minorizados, isto é, como grupos inferiorizados da população, frente aos quais é tolerado o uso da violência. Quanto aos segundos, vigora ainda um modelo familiar pautado na valorização do espaço privado e da estrutura patriarcal, que, por estar muitas vezes submerso em dificuldades sócio-econômicas, propicia a eclosão da violência. Quanto aos terceiros, prevalece no Brasil o costume de se recorrer a alternativas violentas de solução de conflitos, inclusive no que toca a conflitos domésticos. Essa cultura, contudo, pode e deve ser enfrentada por diversas vias, dentre elas, a valorização da infância e da adolescência, a percepção da criança como um ser político, sujeito de direitos e deveres, e, ainda, a elucidação de métodos pacíficos de resolução de conflitos, que abarcarão a vedação do castigo infantil, ainda que moderado e para fins pretensamente pedagógicos.[2][2]

Neste contexto, é fundamental e necessário tornar inequivocadamente claro e explícito que a punição corporal de criança e adolescente, ainda que sob pretensos propósitos pedagógicos, é absolutamente inaceitável. Daí a apresentação do presente projeto de lei, que objetiva assegurar à criança e ao adolescente o direito a não serem submetidos a qualquer forma de punição corporal, mediante a adoção de castigos moderados ou imoderados, sob a alegação de quaisquer propósitos, ainda que pedagógicos, no lar, na escola ou em instituição de atendimento público ou privado. O escopo principal é ressaltar que a vedação genérica da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente quanto ao uso da violência abrange a punição corporal mesmo quando moderada e mesmo quando perpetrada por pais ou outros responsáveis.

A escolha pela inclusão desse direito específico no Estatuto da Criança e do Adolescente atende a esse escopo sem calcar dúvidas quanto à ilicitude do uso da violência de modo geral, nos termos do artigo 18 desse diploma. A inclusão alcança, ademais disso, duas outras metas. Primeiro, assegurará uma maior coerência ao

sistema de proteção da criança e do adolescente. Segundo, ressaltará a relevância desse direito específico, na medida em que esse passará a fazer parte de uma lei paradigmática tanto interna quanto internacionalmente.

Não se trata, todavia, da criminalização da violência moderada, mas da explicitação de que essa conduta não condiz com o direito. É nesse sentido, ademais disso, que se coloca o Comitê da ONU sobre os Direitos da Criança. No parágrafo 17 de sua Discussão sobre Violência contra Crianças na Família e na Escola, o Comitê ressaltou que a "ênfase deve ser na educação e no apoio aos pais, e não na punição. Esforços preventivos e protetivos devem enfatizar a necessidade de se considerar a separação da família como uma medida excepcional".[3][3]

Orientado pela vertente preventiva e pedagógica, o projeto estabelece que, na hipótese do uso da violência contra criança ou adolescente, ainda que sob a alegação de propósitos educativos, os pais, professores ou responsáveis ficarão sujeitos às medidas previstas no artigo 129, incisos I, III, IV e VI do Estatuto da Criança e do Adolescente. Tais medidas compreendem: o encaminhamento dos pais ou responsável a programa oficial ou comunitário de proteção à família; o encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; o encaminhamento a cursos ou programas de orientação; bem como a obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado.

Conforme revela a experiência de outros países, como a Suécia [4][4], a plena efetivação e observância do direito a uma pedagogia não violenta requer do Poder Público o desenvolvimento de campanhas educativas destinadas a conscientizar o público sobre a ilicitude do uso da violência contra criança e adolescente, ainda que sob a alegação de propósitos pedagógicos. Daí a inclusão do artigo 18 – D do projeto de lei, visando justamente impor ao Poder Público o dever de estimular ações educativas continuadas de conscientização, bem como o de divulgar os instrumentos nacionais e internacionais de proteção dos direitos da criança e do adolescente e de promover reformas curriculares, com vistas a introduzir disciplinas voltadas à proteção dos direitos da criança e do adolescente.

Considerando o novo Código Civil, que entrou em vigor em janeiro de 2003, o presente projeto ainda torna explícita a proibição do uso da violência, seja moderada ou imoderada, no que tange à exigência dos pais em face da pessoa dos filhos menores "de que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição". Assim, fica afastada a perversa consequência de legitimar ou autorizar o eventual uso da violência física, mesmo quando moderada, para "educar" e exigir dos filhos que prestem a obediência necessária.

Observe-se que no Direito Comparado, a tendência contemporânea é a de punir expressa e explicitamente o uso da violência contra criança e adolescente, ainda quando alegada para pretensos propósitos pedagógicos. A título exemplificativo, destacam-se: a experiência pioneira da Suécia, que desde 1979 adotou a chamada "Anti-spanking law", proibindo a punição corporal ou qualquer outro tratamento humilhante em face de crianças; a decisão da Comissão Européia de Direitos Humanos de que a punição corporal de crianças constitui violação aos direitos humanos; a lei da Família e da Juventude (Family Law and the Youth and Welfare

Act), aprovada na Áustria em 1989, com o fim de evitar que fosse a punição corporal usada como instrumento de educação de crianças; a lei sobre Custódia e Cuidados dos Pais (Parental Custody and Care Act), aprovada na Dinamarca em 1997, a lei de pais e filhos (Parent and Child Act), adotada na Noruega em 1987; a lei da proteção dos direitos da criança (Protection of the Rights of the Child Law), adotada na Letônia em 1998; as alterações no artigo 1631 do Código Civil, aprovadas na Alemanha em 2000; a decisão da Suprema Corte de Israel, de 2000, que sustentou ser inadmissível a punição corporal de crianças, por seus pais ou responsáveis; a lei adotada em Chipre em 2000 (Law which provides for the prevention of Violence in the Family and Protection of Victims), voltada à prevenção da violência no núcleo familiar e da Islândia (2003). Além destas experiências, acrescenta-se que países como a Itália, Canadá, Reino Unido, México e Nova Zelândia tem se orientado na mesma direção, no sentido de prevenir e proibir o uso da punição corporal de crianças, sob a alegação de propósitos educativos, particularmente mediante relevantes precedentes judiciais e reformas legislativas em curso. Cite-se, ainda, decisão proferida pela Corte Européia de Direitos Humanos, em face do Reino Unido, considerando ilegal a punição corporal de crianças.

Ressalte-se, além disso, que o Brasil é parte da Convenção sobre os Direitos da Criança, desde 24 de setembro de 1990. Ao ratificar a Convenção, no livre e pleno exercício de sua soberania, o Estado Brasileiro assumiu a obrigação de assegurar à criança o direito a uma educação não violenta, contraindo para si a obrigação de não apenas respeitar, mas também de promover este direito. A respeito, merece menção o artigo 19 (1), cominado com o artigo 5o, da Convenção. De acordo com o artigo 19 (1): " Os Estados Partes tomarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus-tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto estiver sob a guarda dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela ".

Por sua vez, o artigo 5º estabelece: "Os Estados Partes respeitarão as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, conforme o caso, dos familiares ou da comunidade, conforme os costumes locais, dos tutores ou de outras pessoas legalmente responsáveis pela criança, de orientar e instruir apropriadamente a criança de modo consistente com a evolução de sua capacidade, no exercício dos direitos reconhecidos pela presente Convenção".

Deste modo, o artigo 19, conjugado com o artigo 5º, da CDC, veda claramente a utilização de qualquer forma de violência contra a criança, seja ela moderada ou imoderada, mesmo que para fins pretensamente educativos ou pedagógicos, considerando ilícitas, nessa linha, práticas "corretivas" empregadas por pais ou responsáveis que abarquem punições físicas em qualquer grau. Adicione-se que o artigo 29 da Convenção estipula ainda um direito complementar ao da educação não violenta: o direito a uma educação de qualidade. A respeito, importa frisar que a própria Declaração Universal, em seu artigo 26, já estabelecia que a instrução deveria ser orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento e do respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais [5][5].

Considerando a efetiva implementação de avanços introduzidos pela Constituição

Brasileira de 1988 e pelo Estatuto da Criança e Adolescente, bem como as obrigações internacionais assumidas pelo Estado Brasileiro, com a ratificação da Convenção sobre os Direitos da Criança e tendo em vista ainda a tendência do Direito Comparado contemporâneo, refletida nas experiências de diversos países, é urgente e necessária a aprovação do presente projeto de lei, ao consagrar expressamente o direito da criança e do adolescente a uma pedagogia não violenta.

O reconhecimento da dignidade da criança e do adolescente consolida a idéia de que, se não se admite a violação à integridade física de um adulto por outro adulto, em qualquer grau, não se pode admitir a violação à integridade física de uma criança ou adolescente por um adulto. Há de se assegurar, por conseguinte, o direito da criança e do adolescente a uma educação não violenta, por meio do reconhecimento explícito do direito específico da criança e do adolescente a não serem submetidos a qualquer violência, seja ela moderada ou imoderada, ainda que cometida por pais ou responsáveis, com finalidades pretensamente pedagógicas.

Enfim, o presente projeto, que teve origem na "Petição por uma Pedagogia Não Violenta" e que recebeu no Brasil, Peru e Argentina mais de 200 mil assinaturas, visa a combater, em definitivo, a punição corporal que ainda alcança tantas crianças e adolescentes, violando seu direito fundamental ao respeito e à dignidade. A proposição que estamos apresentando à Casa foi elaborada pelo Laboratório de Estudos da Criança (LACRI) da Universidade de São Paulo (USP), sob a responsabilidade das coordenadoras, Dra. Maria Amélia Azevedo, Dra. Flávia Piovesan, Dra. Carolina de Mattos Ricardo, Dra. Daniela Ikawa e Dr. Renato Azevedo Guerra, e, como pode ser verificado na argumentação supra, está amparado por pesquisas e análises comparativas com as legislações mais avançadas do mundo. Por esse motivo, esperamos contar com o apoio a sua aprovação.

Sala das Sessões, em , de novembro de 2003.

Maria do Rosário  
Deputada Federal  
PT/RS