

Rediscutindo a definição do delito de tortura e sua relação com o crime de maus-tratos

Rivisitando la definizione di tortura e la sua relazione al reato di maltrattamenti

Vanessa Chiari Gonçalves¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Conceituando o delito de tortura: a tortura-prova e a tortura-pena; 3. A tortura-pena e o delito de maus-tratos; 4. Considerações Finais.

RESUMO

A Lei 9455/97 quando criminalizou o delito de tortura no Brasil ampliou o seu âmbito de abrangência para além da chamada tortura-prova (praticada com a finalidade de obter informações da vítima). Incluiu no conceito de tortura as violências físicas ou psicológicas praticadas também com a finalidade de corrigir ou de castigar crianças e adolescentes. Tal ampliação, no entanto, tem produzido na jurisprudência confusão entre os delitos de tortura e maus-tratos. Os excessos na maneira de castigar/corrigir os filhos e demais dependentes do agente, por meio de violência física (quando resultam em hematomas e escoriações) têm sido considerados tortura por alguns julgadores e maus-tratos por outros. Produz-se, assim, um severo enquadramento penal do agente e a banalização da tortura, que é um delito equiparado aos crimes hediondos no Brasil.

Tortura; Maus-tratos; Crianças e adolescentes.

RIASSUNTO

La Legge 9455/97, quando criminalizzato il reato di tortura in Brasile ha ampliato il proprio ambito di copertura oltre la chiamata torture-test (fatto con lo scopo di ottenere informazioni dalla vittima). Incluso nel concetto di tortura, violenza fisica o psicologica praticata anche per correggere o punire i bambini e gli adolescenti. Questa espansione, tuttavia, ha prodotto

¹ A autora é Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande. É professora adjunta de Direito Penal e Criminologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e do Centro Universitário Metodista IPA, além de advogada em Porto Alegre.

confusão nella giurisprudenza tra i crimini di tortura, abuso e lesioni. L'eccesso sotto forma di correzione dei bambini e altre persone a carico dell'agente con la violenza, se è il risultato di lividi e abrasioni sono stati considerati un crimine di tortura da parte di alcuni giudici e maltrattamenti o lesioni di altri. Produce fino dunque al di sopra dell'agente quadro penale e banalizzazione della tortura, che è considerato un crimine efferato in Brasile.

Tortura; Maltrattamenti; Bambini e adolescenti

Introdução:

A Lei 9455/97 quando criminalizou o delito de tortura no Brasil ampliou o seu âmbito de abrangência para além da chamada tortura-prova. Incluiu no conceito de tortura as violências físicas e psicológicas praticadas também com a finalidade de corrigir ou castigar crianças e adolescentes. Tal ampliação, no entanto, tem produzido no âmbito das decisões judiciais confusão entre os delitos de tortura e de maus-tratos. Além disso, está em desacordo com a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, que restringe o conceito de tortura à submissão da vítima a intenso sofrimento físico ou psicológico com a finalidade especial de obter declarações ou confissões, por parte de agentes públicos.

Desse modo, este estudo pretende desenvolver a ideia de que a definição de tortura possui um conteúdo histórico-normativo que não deveria ter sido desprezado pela legislação em vigor e que deve preocupar o intérprete do direito por diversas razões. Em primeiro lugar porque a tortura tradicional vincula-se a uma finalidade específica, que é a de obter declarações (tortura-prova); em segundo lugar porque pressupõe a utilização de métodos e circunstâncias especiais de imposição de sofrimento; em terceiro lugar porque a banalização do conceito de tortura-pena permite que haja confusão entre os delitos de maus-tratos e de tortura, especialmente quando a violência é praticada pelos detentores do poder familiar com a finalidade de corrigir crianças e adolescentes.

1. Conceituando o delito de tortura: a tortura-prova e a tortura-pena

O delito de tortura, como foi abordado na introdução deste artigo, possui um conteúdo histórico-normativo que não deve ser desprezado pelo operador do Direito. A tortura relaciona-se, normalmente, com um ritual meticuloso e previamente planejado de imposição

de dor e de sofrimento ao corpo ou a psique do Outro. O caráter histórico da tortura revela uma variação conceitual significativa que algumas vezes permite que se confunda a tortura, enquanto um método com finalidade específica, ao mero ato de castigar para corrigir. Ocorre que nem todo o ato de crueldade ou forma de violência física ou psicológica pode ser enquadrado como tortura.

A expressão tortura deriva do latim, como sinônimo de suplício (*cruciatu*s), mas é inegável que existe uma relação histórica desse tipo de conduta com a finalidade de obter algum tipo de informação por parte do supliciado. O jurista romano Ulpiano, no século III, já definia a tortura como sendo o “tormento e o sofrimento do corpo com a finalidade de obter a verdade”. (PETERS, 1989, P. 7). Nesse sentido, Ana Lúcia Sabadell, em seu estudo sobre a regulamentação e a prática da tortura judicial no âmbito do processo penal, entre os séculos XVI e XVIII, definiu este instituto como um “método de prova juridicamente regulamentado”. Esse método destinava-se a “induzir o interrogado a “dizer a verdade” por meio do emprego de violência física, confessando a autoria e/ou fornecendo informações sobre as circunstâncias de comissão de um delito a respeito de cúmplices”. Dessa definição resultam duas peculiaridades que diferenciam a tortura de outras formas de violência: o seu caráter legal e investigatório (probatório) e a utilização da dor física como mecanismo de pressão em detrimento de ameaças e sofrimentos psíquicos (SABADELL, 2006, p. 35-36).

Contemporaneamente, reconhece-se tanto a tortura física como a psicológica como formas possíveis de se praticar o delito em questão. A tortura física abrange toda a forma de submissão do corpo do Outro a dor e ao sofrimento, denotando “a manifestação produzida pelas terminações nervosas que captam” sensações desagradáveis no corpo humano. Os métodos utilizados são os mais variados como choques elétricos, espancamentos, afogamentos, violência sexual, entre outros. (COIMBRA, 2002, p. 177)

Já, a tortura psicológica ocorre quando, em vez do emprego de violência física contra o corpo do indivíduo, há simulação ou ameaça de agressão contra a vítima ou seus afetos. O sofrimento mental acontece por meio de um estado de estresse e de angústia gerado no torturado. Reconhece-se que o sofrimento físico também acarreta sofrimento mental, podendo reduzir as funções cerebrais mediante a privação de comida, água, oxigênio, espaço físico adequado ou, ainda, estimulando a sensibilidade cerebral do sujeito passivo por meio da sua exposição contínua a sons, a luz, ao frio ou ao calor excessivos, somente para citar. (PETERS, 1989, p. 9)

No que tange à finalidade, a tortura pode ser classificada como tortura-prova e tortura-pena. Entende-se por tortura-prova todo tipo de sofrimento físico ou psicológico infligido a alguém com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa, mediante o emprego de violência física ou grave ameaça. A segunda, a tortura-pena, não se diferencia da tortura-prova quanto aos seus mecanismos de produção, mas em relação à sua intencionalidade que, neste caso, será a de submeter à vítima a um intenso e diferenciado sofrimento físico ou psíquico como forma de aplicação de um castigo.

É importante observar, também, que a história semântica da expressão tortura possui uma dimensão pública, porque a tortura apresenta como elemento fundamental o fato de ser um tormento tolerado ou praticado por uma autoridade pública com finalidade pública. Não se pode esquecer de que a ampliação da definição da tortura, para incluir outros tipos de brutalidades ou coerções praticadas por particulares, vincula-se a um fenômeno que ocorreu após o século XVII, quando a conceituação legal de tortura foi paulatinamente sendo substituída, em um primeiro momento, por uma definição de ordem moral e, especialmente, após o século XIX acabou alcançando uma proporção moral-sentimental “que designa o ato de causar sofrimento de qualquer tipo em qualquer pessoa, para qualquer propósito – ou mesmo sem propósito” previamente determinado. (PETERS, 1989, p. 9).

Para a Anistia Internacional a expressão “tortura” abrange “o abuso de prisioneiros efetuado por funcionários, militares ou civis, sob a ordem e sob a cobertura das autoridades superiores”. Assim, não haveria diferença entre a tortura imposta a um suposto criminoso, para lhe extrair a confissão ou a delação de cúmplices, e aquela empregada com a finalidade de criar artificialmente uma atmosfera de medo e angústia coletivos, aterrorizando o ambiente por aversão ao inimigo. (BIOCCA, 1974, p. 182-183). Reforça-se, desse modo, o caráter histórico das mais diversas formas de tortura, não sendo, por isso, correto afirmar que haveria necessariamente um processo contínuo ou uma evolução linear entre a tortura praticada em outros tempos e aquela que se pratica na contemporaneidade.

Do ponto de vista da legalidade, o processo de repúdio e, posteriormente, de criminalização da tortura é ainda muito recente. Embora alguns autores façam referência à abolição da tortura, sabe-se que ela nunca foi abolida na prática, permanecendo viva e sendo aplicada cotidianamente. Michel Foucault refere que a redução do suplício consiste numa tendência com origem na “grande transformação de 1760-1840, mas que não chegou ao termo”. (FOUCAULT, 1993, p. 19). Ao final da primeira metade do século XX, a criação da

Organização das Nações Unidas e a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) deram um caráter internacional aos bens jurídicos violados mediante a prática da tortura, que passaram a ser vistos como inerentes a todo ser humano. Seguiram-se a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984) e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985). Mais recentemente, as Nações Unidas aprovaram o Estatuto de Roma que arrola uma série de delitos considerados crimes contra a humanidade, entre os quais está a tortura e, por isso, passíveis de julgamento pelo Tribunal Penal Internacional.

A Constituição da República, de 5 de outubro de 1988, em seu art. 5º, inciso III dispõe: “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, reproduzindo assim dispositivos dos tratados internacionais de direitos humanos. Já no inciso XLIII do mesmo artigo, afirma que a prática da tortura, entre outros crimes, é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia. Nessa esteira, em 1997, a tortura foi tipificada no Brasil, por meio da Lei 9455/97. Pela referida lei, vários tipos de condutas que importem sofrimento físico ou psíquico são consideradas tortura. A chamada tortura-prova, prevista no art. 1º, I, a, foi assim definida: “Constitui crime de tortura constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa”. No parágrafo 4º, inciso I, do art. 1º, da Lei 9455/97, está prevista uma causa de aumento de pena quando o crime for cometido por agente público. Pode-se perceber, portanto, que o conceito de tortura-prova na Lei brasileira é bastante amplo e inclui qualquer tipo de violência empregada com a finalidade de obter uma confissão. (GONÇALVES, 2011, p. 24).

Por sua vez, o art. 1º da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes define o termo “tortura” da seguinte forma:

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

Tanto a definição de tortura dada pela Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, como a definição da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura² exigem a autoria ou a participação de agente do Poder Público para a configuração do delito. A qualidade especial do sujeito ativo como condição do crime é diversa da lei brasileira que considera a presença de agente público dispensável para a configuração do crime, constituindo, dessa forma, a sua presença apenas uma causa de aumento de pena (BIERRENBACH, 2006, P. 13).

No âmbito do direito comparado, destaca-se que, na Espanha, o crime de tortura está tipificado no artigo 174 do Código Penal Espanhol, cujo texto corresponde ao conceito de tortura das normas internacionais, uma vez que o referido tipo penal exige a concorrência de três elementos para que o delito se configure: um elemento material que diz respeito às próprias ações ou métodos que constituem tortura, a qualificação do sujeito ativo como representante do poder do Estado e um elemento teleológico que exige uma determinada finalidade para configurar autonomamente o delito. Segundo Muñoz Conde, o tipo penal do artigo em questão exige efetivamente que o sujeito ativo “seja autoridade ou funcionário público (anexo 1) ou bem, autoridade ou funcionário de instituições penitenciárias ou de centros de proteção e correção de menores (anexo 2)”. Esse especial elemento subjetivo do tipo é o que constitui a essência da chamada “tortura indagatória”. Isso justifica a previsão de uma pena de maior gravidade por expressar não só um ataque contra bens jurídicos fundamentais de caráter individual, mas também um abuso por parte do sujeito ativo da sua condição de funcionário público. Ultrapassa as fronteiras de sua legitimidade para investigar um determinado fato ou atribui a si mesmo faculdades que lhe são alheias, como o poder de aplicar um castigo por um fato cometido ou que se suspeite que o sujeito passivo tenha cometido. (CONDE, 2004, p. 194-195).

² Art. 2º Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por tortura todo o ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, como medida preventiva, como pena ou qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica. Não estão compreendidos no conceito de tortura as penas ou sofrimentos físicos ou mentais que sejam unicamente consequência de medidas legais ou inerentes a elas, contanto que não incluam a realização dos atos ou a aplicação dos métodos a que se refere este artigo. Art. 3º Serão responsáveis pelo delito de tortura: Os empregados ou funcionários públicos que instiguem, atuando nesse caráter, ordenem sua execução ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou, podendo impedi-lo, não o façam. As pessoas que, por instigação dos funcionários ou empregados públicos a que se refere a alínea “a”, ordenem sua execução, instiguem ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou nele sejam cúmplices (Artigos da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura).

Ainda no tocante às críticas quanto à restrição do delito de tortura para os casos em que o agente exerce funções públicas, José Arzamendi argumenta que a condição de funcionário público como sujeito ativo do delito em questão é inerente à “história semântica da tortura”. Essa, juridicamente, conectava-se com a produção de uma prova por meio da confissão ou do testemunho de alguém e não com atividades vinculadas à vingança privada. É justamente essa peculiaridade que distingue a tortura enquanto injusto penal das demais formas de crueldade e maus-tratos, elevando a repressão do delito de tortura ao interesse internacional, especialmente porque “sua prática por elementos pertencentes ao aparato de Estado deixa as vítimas absolutamente desprovidas de proteção”. (ARZAMENDI, 1990, p. 34).

Com relação à definição do crime de tortura, percebe-se que há uma dificuldade de se compreenderem quais condutas são consideradas graves o suficiente para se enquadrarem no conceito de tortura ou, então, não tão graves a ponto de se enquadrarem no conceito de tratamentos desumanos ou degradantes, segundo a Convenção contra a Tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, de 1984. A indeterminação presente nas definições legais do crime de tortura preocupa juristas de vários países signatários da Convenção contra a Tortura, dada a dificuldade de precisar o que se entende por grave sofrimento físico ou psíquico. Há quem sugira a valoração do contexto social e cultural para a determinação do que seja grave sofrimento, uma vez que, em países onde o castigo corporal é tolerável, esse conceito seria relativizado. Há ainda quem defenda o critério de aptidão da conduta praticada para vencer a resistência da vítima. No entanto, tal indeterminação não tem como ser superada com base em critérios subjetivos, ficando ao arbítrio de o julgador determinar o alcance do delito de tortura, de acordo com as circunstâncias do caso concreto. (ARZAMENDI, 1990, p. 42-43)

Já em Portugal, a tipificação do delito de tortura também pressupõe que o agente seja funcionário público. Sua função, preferencialmente, é a investigação e a prevenção de infrações penais, podendo praticar a conduta tanto com a finalidade de obter declaração ou confissão do acusado como a de aplicar-lhe castigo corporal.³

³ Texto literal do Código Penal Português: **Artigo 243º** Tortura e outros tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos: 1 - Quem, tendo por função a prevenção, perseguição, investigação ou conhecimento de infracções criminais, contra ordem nacionais ou disciplinares, a execução de sanções da mesma natureza ou a proteção, guarda ou vigilância de pessoa detida ou presa, a torturar ou tratar de forma cruel, degradante ou desumana para: a) Obter dela ou de outra pessoa confissão, depoimento, declaração ou informação; b) A castigar por acto cometido ou supostamente cometido por ela ou por outra pessoa; ou c) A intimidar ou para intimidar outra

Defende-se, neste estudo, a ideia de que a nomenclatura do delito de tortura deveria restringir-se à noção de tortura-prova, isto é, aquela que se realiza com a finalidade de obter informações ou confissão do acusado. Qualquer outro tipo de tormento aplicado com a finalidade de castigar deveria receber nome e classificação penal distinta, como tratos desumanos ou degradantes, maus-tratos ou lesão corporal qualificada pelo meio cruel. Isso também porque o delito de tortura preocupa tanto que veio elencado no rol de crimes contra a humanidade, previstos no Estatuto de Roma.

O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional foi promulgado no Brasil por meio do Decreto presidencial 4388, de 25 de setembro de 2002. Esse Estatuto, em seu artigo 7º, parágrafo 1º, apresenta uma série de ações que são definidas como crimes contra a humanidade, desde que sejam cometidas “no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque”. Dentre as ações mencionadas, está a tortura (alínea f). Já, no parágrafo 2º, do mesmo artigo 7º, aparecem algumas definições importantes. Na alínea a, consta que, por ataque contra a população civil, deve-se entender “qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo 1º contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política”. E, na alínea e, está disposto que, por tortura, entende-se

o ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controle do acusado; este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas.

pessoa; é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal. 2 - Na mesma pena incorre quem, por sua iniciativa ou por ordem superior, usurpar a função referida no número anterior para praticar qualquer dos actos aí descritos. 3 - Considera-se tortura, tratamento cruel, degradante ou desumano, o acto que consista em infligir sofrimento físico ou psicológico agudo, cansaço físico ou psicológico grave ou no emprego de produtos químicos, drogas ou outros meios, naturais ou artificiais, com intenção de perturbar a capacidade de determinação ou a livre manifestação de vontade da vítima. 4 - O disposto no número anterior não abrange os sofrimentos inerentes à execução das sanções previstas no nº 1 ou por ela ocasionados, nem as medidas legais privativas ou restritivas da liberdade. **Artigo 244º** Tortura e outros tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos graves: 1 - Quem, nos termos e condições referidos no artigo anterior: a) Produzir ofensa à integridade física grave; b) Empregar meios ou métodos de tortura particularmente graves, designadamente espancamentos, eletrochoques, simulacros de execução ou substâncias alucinatórias; ou c) Praticar habitualmente actos referidos no artigo anterior; é punido com pena de prisão de 3 a 12 anos. 2 - Se dos factos descritos neste artigo ou no artigo anterior resultar suicídio ou morte da vítima, o agente é punido com pena de prisão de 8 a 16 anos. **Artigo 245º** Omissão de denúncia: O superior hierárquico que, tendo conhecimento da prática, por subordinado, de facto descrito nos artigos 243º ou 244º, não fizer a denúncia no prazo máximo de 3 dias após o conhecimento, é punido com pena de prisão de 6 meses a 3 anos.

Observa-se, assim, que o Estatuto de Roma ao definir a tortura enquanto crime contra a humanidade, seguiu, em parte, a tradição dos tratados e das convenções internacionais, no sentido de vincular aos agentes estatais a possibilidade de sua autoria. Estendeu, também, o lugar de sujeito ativo aos membros de organizações subversivas ou terroristas que mantenham as vítimas em seu poder, com restrição da liberdade de ir e vir. Salienta-se, no entanto, que o elemento objetivo configurador do tipo passou a ser a dor ou os agudos sofrimentos físicos ou mentais, sem a exigência de dolo específico, no sentido da obtenção de declaração ou confissão dos torturados.

2. A tortura-pena e o delito de maus-tratos

A opção da lei brasileira por criminalizar sob a mesma nomenclatura tanto a tortura-prova, destinada à obtenção de informações, delações ou confissões, como a tortura-pena, método cruel de imposição de castigo para a correção, gerou um fenômeno inquietante na jurisprudência. São raros os julgados a respeito do delito de tortura-prova praticado por policiais contra cidadãos, o que indica que cifra obscura desse tipo de crime é elevada. Por outro lado, são volumosos os casos de condenação por tortura praticada por pais ou responsáveis contra crianças e adolescentes.

A consolidação de uma jurisprudência vinculando o delito de tortura aos excessos nos meios de correção praticados contra crianças e adolescentes têm consequências preocupantes. Confunde-se o delito de maus-tratos tipificado no Código Penal (art. 316) com o delito de tortura-pena, previsto no artigo 1º, II, da Lei 9455/97 que é equiparado aos crimes hediondos. Por mais que se pretenda combater a forma violenta e inadequada com que crianças brasileiras são culturalmente e historicamente “disciplinadas”, não podem ser confundidos ambos os delitos por diversas razões.

O direito de correção foi considerado natural e decorrente do poder do chefe do grupo familiar durante boa parte da história. A maioria das legislações do século XIX não tipificava o delito de maus-tratos. No Brasil, punia-se apenas as lesões corporais. O próprio Código Imperial de 1830, no seu artigo 14, par. 3º, considerava justificado o delito de lesões corporais quando o mal consistisse no castigo moderado que os pais aplicassem a seus filhos, os senhores a seus escravos e os mestres a seus discípulos. (PIERANGELI, 2005, p. 175). O Código de 1890 não dispôs nada a esse respeito. Assim, a tipificação do delito de maus-tratos

só foi introduzida na legislação brasileira com o Código de Menores, de 1927, que em seus artigos 137 a 140, punia os abusos dos meios corretivos praticados “contra os menores de 18 anos, mesmo quando constituíssem simples perigo à vida ou saúde do sujeito passivo”. O delito era qualificado quando os castigos causassem lesão corporal grave ou comprometessem “gravemente o desenvolvimento intelectual do menor”, e se o delinquente pudesse prever esse resultado” (HUNGRIA, 1958, p 448).

Ao tratar do delito de maus-tratos, o artigo 136 do Código Penal atualmente vigente dispõe: “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”. Interessa compreender a amplitude da última circunstância descrita no tipo penal: o abuso dos meios de correção ou disciplina. Existe uma finalidade em princípio justa que é a da corrigir ou disciplinar, mas a conduta é tipificada porque o justo fim não pode autorizar o excesso do meio.

Mesmo na década de 40 do século XX, época em que o Código Penal foi publicado no Brasil, já se sabia que a violência como meio de reprovação não era adequada do ponto de vista pedagógico porque deprime em vez de corrigir, suscita o ódio em vez da confiança, “fomenta a hipocrisia, atrofia a dignidade, paralisa a vontade”. No entanto, a confusão que se faz entre o antigo injusto penal de maus tratos e o recente injusto penal da tortura-pena não se justifica juridicamente. Observa-se que é qualificado o delito de maus tratos se do fato resulta lesão corporal de natureza grave ou morte, desde que estes eventos qualitativos sejam preterdolosos, uma vez que se forem dolosos passarão a ser definidos como lesão corporal grave ou homicídio doloso, respectivamente. Nelson Hungria advertia que o delito de maus-tratos é crime de perigo, cujo dolo específico é a “vontade consciente de maltratar o sujeito passivo, de modo a expor-lhe a perigo a vida ou saúde”. Não há necessidade de subordinação dos maus-tratos ao critério da habitualidade, embora se reconheça que em alguns casos sem a habitualidade não há como haver causação de perigo. (HUNGRIA, 1958, p. 452-453).

Por sua vez, o delito de tortura-pena, previsto no artigo 1º, II, da Lei 9455/97, está assim definido: “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 pena prevista é de dois a oito anos de reclusão. Novamente é importante destacar que caberá ao intérprete estabelecer a amplitude

da expressão intenso sofrimento físico ou mental, tomando como referência o critério da proporcionalidade e o bom senso, especialmente quando relações familiares estão em jogo.

A Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul posicionou-se da seguinte maneira sobre essa questão:

APELAÇÃO CRIME.

CRIME DE TORTURA CONTRA UMA CRIANÇA DE TRÊS ANOS DE IDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA PROVADAS.

DESCLASSIFICAÇÃO PARA OS DELITOS DE MAUS TRATOS E LESÕES CORPORAIS. IMPOSSIBILIDADE. Impossível a desclassificação para qualquer outro delito, quando a prova carreada aos autos, comprova, modo categórico, ter sido a vítima, criança de três anos de idade, diariamente submetida a agressões cruéis, sem motivo nenhum que as justificasse, gerando intenso sofrimento físico e mental. Resta caracterizado, portanto, o crime de tortura.

QUALIFICADORA. A qualificadora prevista no § 3º do art. 1º da Lei 9.455/97, veio devidamente comprovada pelos laudos de exame de corpo de delito que atestaram ser as lesões de natureza grave. Por outro lado, as contradições alegadas, quanto aos referidos laudos, não se verificam, pois aquele que silenciou quanto ao quesito – perigo de vida –, foi referente ao exame de conjunção carnal e ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

PENA. REDIMENSIONAMENTO. Ocorrência de *bis in idem* na análise dos vetores judiciais do artigo 59 do Código Penal. Não pode ser atribuída às circunstâncias, consequência do crime, assim como o comportamento da vítima, a idade da vítima, pois esta é causa da majoração de pena conforme se verifica do artigo 1º, § 4º, inciso II, da Lei nº 94.55/97. Pena reduzida.

DECISÃO MAJORITÁRIA NO SENTIDO DE DAR PROVIMENTO, EM PARTE, AOS APELOS DEFENSIVOS, REDUZINDO OS APENAMENTOS, VENCIDO O RELATOR, QUE NEGOU PROVIMENTO. (JAHP nº 70010433753, 2004)

Como se pode perceber no precedente critérios como a idade da vítima, a frequência e a gravidade das lesões foram consideradas determinantes para o enquadramento da conduta no tipo penal da tortura-pena. Mas, retornando à problematização do último aspecto do tipo penal do artigo 136 do CP, isto é, o abuso de meios de correção ou disciplina, algumas conclusões são relevantes. É justamente no abuso dos meios de correção que a violência física ingressa mais fortemente. Pode-se afirmar que é o excesso do meio corretivo, colocando em risco a vida ou a saúde da vítima, que irá caracterizar o crime de maus-tratos, em que pese reconheça-se o direito de correção aos pais e responsáveis. Cezar Bitencourt refere que “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 *ius corrigendi*”, não configurando, portanto sequer o crime de maus-tratos (BITENCOURT, 2012, p. 305).

Entende-se que o castigo físico imposto pelos pais aos filhos menores com moderação e finalidade pedagógica não configura o delito de maus-tratos. Diferente será a situação de um pai que “desfere um soco no filho menor ou produz nele lesões corporais pelo uso de ferro em brasa” porque nesse caso estaria claro o exercício abusivo e inadequado do direito de corrigir. (PIERANGELI, 2005, p. 179). No mesmo sentido segue precedente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Distinção com tortura – TJSP: “Se o pai cruel impunha ao filho atroz sofrimento por não aceitar o comportamento da criança, que costumeiramente fazia necessidades fisiológicas nas próprias vestes, o comportamento anormal não caracterizou, certamente, o crime de tortura que é praticado por puro sadismo imotivado e sim o de maus tratos que diz respeito ao propósito de punir para corrigir” (RT 699/308 e RJTJESP 148/280).

É importante sintetizar as inúmeras circunstâncias e consequências que diferenciam o delito de maus-tratos do delito de tortura-pena contra crianças ou adolescentes. A finalidade de corrigir e disciplinar aparece em ambos os tipos penais, mas para que se configure o delito de tortura deve-se infligir um intenso sofrimento físico ou psicológico na vítima. Para que se possa concretamente avaliar a intensidade do sofrimento causado é preciso que se observe a idade da vítima, a gravidade, a extensão e número de lesões provocadas que indicariam o meio cruel, bem como a frequência e o método ritualizado. Tudo acompanhado de uma intencionalidade do agente voltada para a causação de sofrimento intenso e não apenas de agressões físicas ou verbais decorrentes de uma forte emoção ou cólera momentânea. Em alguns casos, a extrema crueldade que caracteriza a tortura-pena fica bastante evidenciada, como se verifica no precedente a seguir:

“TORTURA - Agressão sistemática a menor sob guarda - laudo pericial -configuração do delito do artigo 1, II da lei 9455/97 e não maus tratos. 1. Sinais de agressão física disseminados por todo o corpo da criança, com informações de sessões de ameaça de afogamento, configuram tortura e não maus tratos. A intenção de causar sofrimento esta comprovada pela sistemática e indiscriminada agressão somada a outras práticas cruéis, muito além da pretensa correção, que não teria qualquer efeito em um bebê com um ano e oito meses. 2. Tortura pode ser física ou mental; esta não deixa vestígios materiais, prescindindo o tipo, de laudo pericial, se o relatório médico, somado aos testemunhos, é substancial. 3. Negado provimento. (8 fls.) (Apelação Crime nº 70001485325, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Desª. Elba Aparecida Nicolli Bastos, julgado em 19/10/00).

Deve-se compreender que a banalização da definição de tortura não contribui para a prevenção de novas condutas violentas. É preciso transformar a cultura de violência como

forma de disciplina por meio da instrução de pais e responsáveis. A condenação de um pai ou de uma mãe, que se excedeu nas formas de correção causando lesões corporais leves no filho, por delito de tortura, fere o princípio da proporcionalidade. A tortura como se sabe possui um conteúdo histórico muito expressivo que a vincula à tortura-prova. Ainda que se admita a opção legislativa de nominar de tortura (tortura-pena), a imposição de métodos cruéis, de verdadeiras técnicas de tortura contra crianças e adolescentes com o vago argumento da disciplinarização, sabe-se, que as circunstâncias do caso concreto são extremamente reveladoras da real intencionalidade do agente.

Vive-se num momento em que o clamor por punições cada vez mais severas é estimulado pelo aparato midiático, fundado na crença de que o sistema de justiça criminal tem o poder e a função de disciplinar as pessoas, alterando padrões de comportamento culturais. No entanto, é preciso compreender a dinâmica da violência doméstica contra crianças e adolescentes na sua complexidade. É inegável que a violência acarreta inúmeras consequências para o desenvolvimento da pessoa. Uma pesquisa realizada pelo Centro Latino-Americano de Estudos de Violência e Saúde Jorge Careli, entre os anos de 2002 e 2003 com estudantes do curso diurno das 7ª e 8ª séries do ensino fundamental e dos 1º e 2º anos do ensino médio de escolas públicas e particulares do município de São Gonçalo, na região metropolitana do Rio de Janeiro, que contou com 309.216 crianças e adolescentes entre 0 e 19 anos chegou a conclusões muito reveladoras:

Os resultados deixam clara a elevada frequência com que a violência ocorre no âmbito da família e das pessoas próximas aos adolescentes. Quase um quinto desses jovens sofre agressões severas, que envolvem chutes, mordidas, espancamento e até ameaças com arma de fogo ou faca. Quanto à violência psicológica, cerca de metade dos adolescentes convive com ela direta ou indiretamente. Os adultos os humilham, não os elogiam quando agem corretamente e não os estimulam para os desafios que precisam enfrentar. Também quase um quinto desses adolescentes já passou por experiências sexuais traumáticas ou perturbadoras; já testemunhou violência sexual sofrida por algum membro da família; já teve medo de sofrer violência sexual quando um dos pais estava sob efeito de álcool ou drogas; e já se envolveu em relação sexual com os pais.

Ficou constatado que adolescentes que sofreram maus-tratos familiares sofrem mais episódios de violência na escola, vivenciam mais agressões na comunidade e transgridem mais as normas sociais, fechando assim um círculo de violência. Eles também têm menos apoio social, menor capacidade de resiliência e uma baixíssima autoestima. A violência psicológica, por sua vez, mostrou-se mais presente entre aqueles com menos resiliência – capacidade de seguir em frente superando as dificuldades impostas pela vida, essencial para o desenvolvimento pessoal e para uma boa qualidade de vida do indivíduo consigo mesmo e com a sociedade. Percebe-se, assim, como essa forma de violência pouco valorizada pela sociedade é capaz de fragilizar a posição do adolescente e dos futuros adultos no mundo (AZEVEDO, 2005, p. 18).

No mesmo sentido, Winnicott ao abordar as raízes da agressividade na infância afirma que a agressão tem um duplo significado: é uma fonte de energia do indivíduo e representa uma reação direta ou indireta à frustração. (WINNICOTT, 1982, p. 262). A “tendência antissocial não se relaciona com uma carência, mas sim como uma privação”, de modo que se pode entender que um fracasso específico teria mais importância do que um fracasso social geral no desenvolvimento da criança. Certas modificações ambientais podem alterar a vida inteira da criança quando estas mudanças acontecem numa idade em que ela já possui condições para entender as coisas. Assim, mesmo diante de uma privação decorrente do rompimento do lar, da separação dos pais com desavenças mútuas, a sensação de insegurança e o grau de ansiedade que atingem a criança são muito expressivos, podendo gerar quadros de agressividade e até mesmo antissociais (WINNICOTT, 1999, p. 82 e 86). Os efeitos nocivos da violência presenciada ou sofrida no desenvolvimento da personalidade são imensuráveis. Há, inclusive, uma tendência de que essa criança na fase adulta venha a reproduzir o mesmo padrão de comportamento dos seus pais com os seus dependentes alimentando o mesmo círculo de violência na família. Por isso, o enfoque estatal deve concentrar-se em primeiro lugar no acompanhamento das vítimas de violência na infância e no esclarecimento dos pais agressores. Punições severas, além de tecnicamente inadequadas, não solucionam ou, ainda, agravam os conflitos familiares. É preciso compreender a complexidade do problema da violência contra crianças e adolescentes para que o círculo de agressividade possa então ser quebrado.

Considerações Finais:

Entende-se que a denominação tortura deveria ter sido destinada especialmente para os casos de tortura-prova, seguindo-se a tradição de outros países e dos tratados internacionais do quais o Brasil é signatário. De qualquer modo, os tratamentos desumanos ou degradantes, tipificados como tortura-pena no Brasil, não podem ser confundidos com o delito de maus-tratos de crianças e adolescentes por inúmeras razões. Para que se configure a tortura-pena para além de observar as condições da vítima (idade e gravidade das lesões) é imprescindível que se investigue a intencionalidade específica do agente de causar um intenso sofrimento físico ou psíquico na vítima. Nesse aspecto, critérios como a frequência das agressões e os métodos empregados são muito importantes.

Não se desconhece que os efeitos da violência na infância são extremamente danosos ao desenvolvimento de crianças e adolescentes como se pôde observar. No entanto, por se tratar de um problema cultural: a falsa crença de que a violência é uma forma eficaz de educar, a solução deve necessariamente passar, de um lado pelo esclarecimento de pais e educadores e, de outro, pelo acompanhamento psicológico da vítima. A intervenção mais dura por parte do Estado, mediante a imposição de pena privativa de liberdade e equiparação a delito hediondo, deve-se restringir às condutas realmente graves e injustificáveis, que denotam um especial grau de perversidade do agente. Não se pode confundir a amplitude do delito de maus-tratos (punido com pena de dois meses a um ano de detenção, quando resulta perigo, e com pena de reclusão de 1 a 4 anos se resulta lesão corporal de natureza grave) com o gravíssimo delito de tortura-pena, que é equiparado para vários fins aos delitos hediondos e para o qual está prevista uma pena de reclusão de 2 a 8 anos.

As inúmeras pesquisas na área da psicologia também podem embasar as interpretações dos operadores do Direito, a fim de que a questão da violência familiar contra crianças e adolescentes possa ser pensada de forma sensata. Sabe-se que adultos violentos muitas vezes estão apenas reproduzindo com os seus filhos a mesma forma prejudicial de disciplinar que receberam na sua infância, porque esta é a maneira de lidar com os conflitos conhecida por eles. O desconhecimento da complexidade do problema da violência doméstica contra crianças e adolescentes, resulta num enfoque voltado para a punição do agressor, enquanto a vítima permanece sem a devida assistência. Ocorre que tal opção não contribui para a ruptura do círculo de violência nas famílias.

Bibliografia:

ARZAMENDI, José L. de la Cuesta. *El Delito de Tortura: concepto, bien jurídico y estructura típica del art. 204 bis del Código Penal*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., 1990.

AZEVEDO, Maria Amélia. Um Cenário em (des)construção . In: UNICEF. (Org.). *Direitos Negados/A Violência contra a Criança e o Adolescente no Brasil*. Brasília: UNICEF, 2005, v. , p. –Disponível em: http://www.unicef.org/brazil/pt/Cap_01.pdf

BIERRENBACH, Sheila e LIMA, Walberto Fernandes. *Comentários à Lei de Tortura – Aspectos Penais e Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006.

BIOCCA, Ettore. *Strategia del Terrore: il modello brasiliano*. Bari: De Donato Editore S.p.A., 1974.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial*. Vol. 2. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COIMBRA, Mário. *Tratamento do Injusto Penal da Tortura*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

CONDE, Francisco Muñoz. *Derecho Penal*. Parte Especial. 15.ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2004.

DICIONÁRIO DE PORTUGUÊS – LATIM. 2. ed. Portugal: Porto Editora, 2000.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: história da violência nas prisões*. 10. ed. Tradução de Lígia Vassallo. Petrópolis: Vozes, 1993.

GONÇALVES, Vanessa Chiari. *A tortura como violência instituída e instrumento para a simulação do réu confesso*. Tese de Doutorado em Direito defendida na Universidade Federal do Paraná, 2011. Acesso em 20 de agosto de 2012. Disponível no Banco de Teses da UFPR: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26300/tese%20FINAL.pdf?sequence=1>

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. 5. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

PETERS, Edward. *Tortura: uma visão sistemática do fenômeno da tortura em diferentes sociedades e momentos da história*. Tradução de Lila Spinelli. São Paulo: Editora Ática, 1989.

PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte especial (arts. 121 a 234)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SABADELL, Ana Lúcia. *Tormenta juris permissione: tortura e processo penal na Península Ibérica (séculos XVI-XVIII)*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

WINNICOTT, D. W. *Tudo Começa em Casa*. Tradução de Paulo Sandler. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

WINNICOTT, D. W. *A Criança e o seu Mundo*. Tradução de Álvaro Cabral. 6. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982.