

A PROTEÇÃO JUDICIAL DA DIGNIDADE HUMANA EM FACE DA TORTURA PERSECUTÓRIA

Rodrigo Lemos ARTEIRO¹

SUMÁRIO: Introdução; 1) A tortura como instrumento inquisitorial de manipulação da vontade humana ; 2) Ofensa a Dignidade da Pessoa Humana: tortura como punição; 3) A negação à condição humana do torturado: deslegitimação da Democracia; 4) Prova proibida via tortura persecutória: dificuldades de contraposição e impunidades; 5) Medidas judiciais de prevenção e combate à tortura ; Conclusão; Referências Bibliográficas.

RESUMO: O texto visa analisar as situações de utilização da tortura como instrumento institucional de investigação criminal pelos órgãos persecutórios do Estado como forma de opressão das classes sociais menos abastadas e cultas. Assim, diante deste contexto apontar quais os mecanismos legais postos pelo ordenamento jurídico à disposição dos cidadãos para se protegerem destas atividades ilegais e criminosas se valendo para tanto de tutela preventivas e repressivas pela pronta intervenção do Poder Judiciário com guardião de direitos fundamentais da pessoa humana.

ABSTRACT: The text aims to analyze the situations of use of torture as an institutional instrument of criminal investigation by the organs of the persecution State as a form of social oppression of less affluent and educated. Thus, within this context, we aim to show which mechanisms by the legal system available to citizens to protect themselves from these illegal and criminal activities are valid for both preventive and repressive tutelage by the swift intervention of the Judiciary as the guardian of fundamental human rights.

PALAVRAS-CHAVE: Tortura. Direitos fundamentais. Dignidade da Pessoa Humana. Proteção Judicial. Prova Proibida. Punição antecipada.

KEYWORDS: Torture. Fundamental rights. Human Dignity. Judicial Protection. Forbidden proof. Anticipated punishment.

INTRODUÇÃO

As práticas de tortura se revelam tão inerentes às relações humanas que há registros históricos desde a mais remota antiguidade, quando as penas impostas aos condenados constituíam-se em suplícios corporais, que variavam desde a mutilação de membros do corpo humano até a imposição da pena capital.

Aliado a isso, a humanidade ao longo de sua trajetória histórica sempre se viu arrebatada por guerras e atrocidades praticadas entre grupos sociais rivais que se defrontavam pelos

¹ Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Norte do Paraná – UENP. Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente”. Professor Universitário. Advogado.

mais variados motivos, desde a necessidade de sobrevivência e alimentos até a disputa pelo poder político e por comando de territórios.

Diante deste cenário, a utilização da dor e do sofrimento como mecanismo de intimidação e conquista de poder sempre foi uma constante. A tortura deriva naturalmente da natureza bélica que impeliu as relações entre as pessoas e os povos na antiguidade.

Não tardou para que a tortura fosse institucionalizada e utilizada como instrumento processual de busca da verdade dos fatos pela utilização da dor e do sofrimento. Rigorosamente, com tais métodos não se alcançava necessariamente a verdade, mas sim se notava o risco de justificar pela confissão forçada uma versão acusatória com a posterior confirmação de fatos que jamais haviam ocorrido.

1 – A TORTURA COMO INSTRUMENTO INQUISITORIAL DE MANIPULAÇÃO DA VONTADE HUMANA

Não bastando ser uma constante a utilização da tortura na antiguidade sob várias formas, se estendendo pela Idade Média e pelo período Iluminista na Revolução Francesa posteriormente incursionando na modernidade, tal prática odiosa ainda se mantém no período contemporâneo pós-moderno em vários contextos de opressão.

Ao longo das mencionadas fases históricas a tortura se revelou como eficiente forma de coação dos seres humanos pela imposição da violência física e psicológica.

Por conseguinte, as estruturas dominantes de poder de cada um desses períodos históricos verificaram a utilidade da tortura não apenas como instrumento dissuasório de comportamentos humanos indesejáveis e de controle social, como também como meio de prova no processo inquisitorial.

A partir da Idade Média, a tortura passa a servir exclusivamente como meio de prova institucionalmente admitida, não sendo mais admitida como modalidade de pena. A Igreja católica pela via dos Tribunais da Santa Inquisição torturava apenas para obter uma suposta verdade mítica e artificial acerca dos fatos relevantes ao processo.

Tolhendo a autonomia de vontade das pessoas, a tortura se revelou eficaz para neutralizar a liberdade dos indivíduos impondo e mantendo pela força e pelo medo inúmeros regimes de dominação política em que a grande maioria dos súditos que eram vítimas da violência e opressão estatal.

Em análise acerca da tortura praticada nos modelos processuais inquisitoriais como meio de prova discorre José Geraldo da Silva, nos seguintes termos:

A tortura foi amplamente utilizada na Idade das Trevas (1200 a 1800 d.C., aproximadamente), nos chamados Tribunais Eclesiásticos da Inquisição, para a confissão do herege.

Nessa época, a confissão do réu foi considerada como rainha das provas, recorria-se à tortura. Destarte, o réu era transformado em juiz da sua própria causa resistindo aos tormentos, para salvar-se ou a ele cedendo, para perder-se.

A tortura empregada naquela época não possuía a natureza de pena, mas era meio processual de apuração da verdade. (Silva, 1997, p. 13-14)

No contexto das inúmeras modalidades de provas concebidas no processo penal, a tortura era empregada como método de obtenção da confissão forçada ou coativa durante os interrogatórios visando instruir processos que já estavam previamente programados para impor a condenação ao confitente torturado.

O ato estatal de se torturar um ser humano visando lhe cooptar a vontade artificialmente não apenas deslegitima o ato público a ser praticado, como o torna írrito e inexistente com a redução da pessoa humana à condição de coisa. Há uma grave subversão de valores, o caráter humano do indivíduo cede passo para o ato de força institucional que se faz mais importante. A pessoa humana passa a ser apenas mais um objeto de investigação descartável, dispensável e destituída de qualquer valor ético por parte do Estado.

Conferindo sentido a tais assertivas, temos as afirmações de Valdir Sznick dispondo:

A tortura é uma forma extremada de violência. Assim pode-se dizer que existe a tortura sempre que com o objetivo de reduzir, anular ou quebrar a resistência do indivíduo (a liberdade e a vontade), com a obtenção de informações, se utiliza quer a força bruta, física provocando dor ou sofrimento à pessoa, quer mediante ameaças, engodos e promessas, qualquer que seja o meio empregado, viciar a vontade e liberdade da pessoa. (SZNICK, 1998, p. 108)²

Registre-se que a violência empregada nos atos de tortura não são apenas as violências físicas, mas também não raras vezes as psíquicas que se materializam pela intimidação e pela fraude sob o pretexto de que praticado o ato público exigido o suplício cessaria. Por certo, qualquer desrespeito ou ofensa a dignidade da pessoa humana que impõe sofrimento a um indivíduo pode se caracterizar como tortura.

Inclusive, mesmo sem agressões físicas ou verbais, o próprio poder estatal quando manifestado injustamente e de forma abusiva em detrimento do cidadão é suficiente para causar intimidação, medo e pânico, consistindo tais sentimentos angustiantes como prática de tortura.

² O autor superando o dogmatismo do legislador estabelece um conceito ontológico de tortura que se baseia não apenas na utilização da força, da violência e da intimidação, como também por meio da fraude e do engodo com falsas promessas visando barganhar a obtenção de informações almejadas.

2 – OFENSA A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: TORTURA COMO PUNIÇÃO

A partir da análise do conceito de dignidade da pessoa humana é possível definir as formas de violações de direitos que a realização da tortura é capaz de ensejar. Certamente, que o crime de tortura é atentatório da dignidade da pessoa humana por se tratar de delito pluriofensivo colidindo contra os mais variados bens jurídicos penalmente relevantes dentre os quais: a liberdade de autodeterminação; as integridades físicas e psíquicas; liberdade de locomoção; liberdade de manifestação do pensamento, ainda a vida humana quando dos atos de tortura advém o resultado morte da vítima torturada.

No mesmo sentido apresenta-se Dário José Kist aduzindo:

Entretanto, nos termos da análise já feita da legislação, trata-se de um crime pluriofensivo, atacando outros bens jurídicos. Um deles é a liberdade que fica subjugada quando, por meio de violência ou grave ameaça a vítima é constringida para a obtenção de informações, declarações e confissões. (KIST, 2002, p. 85)

Ressaltando ainda, que a tortura é uma modalidade de crime hediondo por equiparação constitucional, e a conduta está criminalizada pela Lei Federal nº 9.455/97 visando resguardo dos variados bens jurídicos penalmente relevantes que são afetados com a ocorrência do delito.

Ao se conjugar um conjunto de bens jurídicos lesados com a prática da tortura chega-se a constatação em síntese que essa conduta ofende de maneira geral e universal o dogma sagrado da dignidade da pessoa humana.

Propondo um conceito universal de dignidade da pessoa humana, discorre Paulo Otero:

A dignidade da pessoa humana é hoje um dogma de confluência da consciência jurídica universal, uma síntese da ordem de valores historicamente geradora da civilização ocidental e, por essa via, um princípio de *ius cogens* dotado de valor de força jurídica supraconstitucional: não é a Constituição que impõe o respeito a dignidade da pessoa humana ao sistema jurídico, ao Poder político e aos membros da sociedade, antes é a dignidade da pessoa humana que, autonomamente, se impõe à Constituição, hetero-subordinando-a, vinculando o sistema jurídico, a vontade do Poder e dos membros da sociedade. (OTERO, 2010, p. 37)³

³ Paulo Otero professor catedrático da Universidade de Lisboa ao trazer o conceito universal de dignidade da pessoa humana o faz no contexto de superação do mero Estado de Direito para um Estado de Direitos Humanos.

Em âmbito internacional, infere-se que a dignidade da pessoa humana como valor supremo de um dado ordenamento jurídico, se irradia por todas as nações dotadas de regime político democrático. Sustentando esse ponto de vista, Guilherme de Souza Nucci expõe os limites do conceito normativo de tortura no contexto jurídico supranacional constante do artigo 1º da Convenção da Organização das Nações Unidas de Nova York, nos termos abaixo:

(...) 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 ou qualquer outra pessoa no exercício das funções públicas, ou por instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores e sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou dela decorram.(NUCCI, 2006, p. 734)

É de se perceber, que a punição imposta de forma legítima pelo próprio Estado em consonância com a dignidade da pessoa humana não configura ato de tortura.

Em sequência, temos os apontamentos de Denisart Dourado se reportando a Convenção Contra a Tortura e outros tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, na esfera do direito internacional, trazendo:

Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente das sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram (DENISART, 2004, p. 131).

Por vezes se nota que órgãos persecutórios do Estado se utilizam da tortura não apenas como veículo para a construção de um contexto probatório artificial e inverídico, como também punem antecipadamente os investigados que se submetem a ação arbitrária da autoridade.

A tortura como pena era utilizada e culturalmente aceita nas sociedades da antiguidade como forma de deixar marcas indeléveis no corpo do condenado visando estigmatizá-lo pelo resto da vida como um criminoso. Dessa forma, já que não havia um mecanismo de cadastramento dos egressos do Sistema Penal, o Estado e os membros da comunidade tinham condições de saber quem era um transgressor da lei, pela mutilação deixada em seu corpo.

Eugênio Raul Zaffaroni disserta sobre a temática exemplificando situações em que a tortura serve como pena nos moldes abaixo:

As penas multilantes, que têm por fim deixar uma marca indelével no corpo da vítima, como também marcas de fogo, são meio de fortalecer a ética social, similares às penas que “corrigem” ou “exemplificam”. Em nossos dias, os registros de antecedentes e o “cadastramento” de criminalizados e prostitutas, ao mesmo tempo em que auxiliam a justiça, cumprem a mesma função em mãos de inescrupulosos que vendem estas informações a particulares (geralmente as chamadas “agências de informação”). (ZAFFARONI, 2005, p.181-182)

Nos dias de hoje o cenário não se diferencia muito, note-se, que sob a ótica da Teoria do Etiquetamento ou Labeling Approach é constatável que a mera condição de torturado gera também um estigma de criminoso, sem que haja necessariamente uma condenação formal. Por esse caminhar de ideias esclarece o criminologista Alessandro Baratta: “A criminalidade não existe na natureza, mas é uma realidade construída socialmente através de processos de definição e de interação” (BARRATA, 2002, p.108)

Ainda, em matéria de tortura a crueldade teve seu apogeu no período medieval, em que os algozes não poupavam em criatividade mórbida e na diversidade de métodos para infligir de sofrimento as vítimas que suplicavam até a morte, tais práticas eram usadas também para gerar intimidação e controle social sobre os indivíduos. Neste raciocínio, narram Georg Rusche e Otto Kirchheimer:

Acreditava-se oficialmente que a punição pública produzia efeitos dissuasivos. Os ladrões eram frequentemente pendurados e queimados de forma que todos pudessem vê-los e temer um destino semelhante. No todo, o sistema era substantivamente uma expressão do sadismo, e o efeito dissuasivo do ato público era negligenciável. Esta a razão por que a imaginação mórbida de hoje tem dificuldade em descrever a variedade de torturas infligidas. Lemos acerca de execuções por faca, machado e espada, cabeças sendo golpeadas com toras ou cortadas com arado, pessoas sendo queimadas vivas, deixadas a morrer de fome em porões ou tendo espinhos cravados em suas cabeças, olhos, ombros e joelhos, estrangulamentos e asfixiamentos, sangramentos e desviceramentos até a morte, estiramento do corpo até o esquartejamento, tortura sobre a roda, tortura com pinças incandescentes, descolamento da pele, corpos serrados em pedaços e atravessados com ferro ou instrumento de madeira, queimaduras na estacam e muitas outras formas de crueldade. Não é de se estranhar que praticamente todos os crimes eram puníveis com a morte, e que a questão vital era a maneira pela qual a morte era infligida. (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 40)

Em que pese o cenário de tortura nos períodos históricos longínquos ser extremamente grave em sede de violação da dignidade da pessoa humana, nos dias atuais a situação ainda não se modificou por completo, havendo em muitas circunstâncias a anuência e aceitação do

Estado de práticas similares senão mais violentas repugnantes que aquelas envidadas na Idade Média.

Atualmente, a tortura ocorre de maneira mais comum às escuras nos interiores do cárcere, sem um controle efetivo da sociedade e dos órgãos estatais responsáveis.

Nessa seara, pontifica Regina Célia Pedroso:

O cárcere pode ser definido como muito mais que um aparelho de violência física e moral, visto que seu papel perante a sociedade é outro: é uma instituição com objetivos claros, que transpõe idoneidade e organização para a população leiga. No entanto, na realidade, sua finalidade é a punição do infrator através de castigos, com os quais a sociedade é conivente. (PEDROSO, 2003, p.205)

Ainda que as práticas de tortura ocorram fora das vistas da sociedade, nos casos que são desvelados, a opinião pública pouco se sensibiliza e nada faz em sede de mobilização social para socorrer os excluídos e oprimidos do Sistema Penal. Certamente, as circunstâncias de enfrentamento da tortura se mostram desfavoráveis para a ação social. Isso porque, existe um temor constante da força e do poder dos agentes estatais que empregam tais práticas ilícitas, por conseguinte, os crimes de tortura passam a integrar um alto e lastimável índice de cifra negra.

3 – A NEGAÇÃO À CONDIÇÃO HUMANA DO TORTURADO: DESLEGITIMAÇÃO DA DEMOCRACIA

O ser humano reduzido à situação de torturado pelo próprio Estado opressor e totalitário denota uma postura oficial de anulação e supressão do reconhecimento da pessoa como sujeito de direitos, colocando-a na condição de coisa ou objeto.

Esta subversão grave de valores enseja uma deslegitimação do ato estatal antidemocrático, pois aquela pessoa torturada antes de ser rebaixada à desprezível condição, é concebida eticamente como cidadão legitimador da própria existência do poder do Estado. Não há mais autoridade com a utilização do poder pela racionalidade, mas autoritarismo com a imposição absoluta e abusiva do poder pelo poder.

Quando o Estado oficialmente neutraliza a humanidade de um indivíduo pela tortura retira de si mesmo a legitimidade de sua existência e de todo e qualquer ato oficial por ele praticado. Isso porque a violência e a barbárie manifestadas na tortura revelam a irracionalidade e a ausência de diálogo entre o indivíduo o ente estatal representando a sociedade politicamente organizada.

O emprego da tortura estatal em um regime político democrático, o torna gravemente abalado direcionando a ação do Estado para os meandros do totalitarismo. A utilização da violência pelo poder público desvela uma postura totalitária e neutraliza o princípio democrático não se compactuando com o consenso e com o agir comunicativo entre os agentes sociais que fundamentam e delimitam o fluxo de poder nas estruturas do Estado Democrático de Direito.

Robert Alexy, citando Habermas, em estudos de filosofia do direito, traz o argumento do consenso como forma de legitimar os direitos fundamentais pelo princípio democrático, propondo:

O argumento do consenso forma um elemento central de fundamentação de um sistema de direitos de Habermas. Habermas formula o objetivo de sua fundamentação como segue: “Esse sistema deve conter, rigorosamente, os direitos fundamentais que os cidadãos devem conceder-se reciprocamente, se eles querem regular legitimamente sua convivência em comum com meios do direito positivo. A legitimidade do direito é vinculada, com isso, à aprovação universal. Isso corresponde ao princípio do discurso mencionado no início, que diz que rigorosamente, são válidas e, por conseguinte, legítimas as normas de atuação, “ que todos os possivelmente afetados como participantes em discursos racionais poderiam aprovar”. Da união desse princípio com a forma do direito devem, segundo Habermas, resultar do princípio democrático e um sistema de direitos como dois lados de uma matéria.(ALEXY, 2010, p.121)

Infere-se das lições acima transpostas que a tortura como ato de negação do outro, repudia a legitimidade democrática situada no discurso e no consenso sob a ótica habermasiana de direitos fundamentais.

Prossegue ainda Robert Alexy, por meio de premissas fundando-se nos pensamentos de Habermas para explicar a formação das decisões políticas no regime democrático pelo tramitar do procedimento, nos seguintes termos:

A primeira premissa diz que o princípio do discurso pode ser realizado aproximativamente pela institucionalização jurídica de procedimentos democráticos da formação da opinião e da vontade. Se na realidade é possível uma aproximação à correção e legitimidade, então, somente na democracia. A segunda premissa refere-se imediatamente a isso e diz que uma democracia, na qual as exigências de racionalidade discursiva podem ser realizadas aproximativamente, somente então é possível, se os direitos fundamentais e do homem políticos valem e podem ser exercitados com oportunidades iguais e suficientes.(ALEXY, 2010, p.127)

A postura institucional do Estado torturador contradiz os fundamentos mais sólidos de consolidação da democracia e da promoção dos direitos humanos, levando também a própria negação jurídica do ente estatal.

Incursionando especificamente no Sistema Penal, constata-se por óbvio que os atos de violência praticados pelo Estado suprimem a própria legitimidade do poder punitivo estatal que se macula pela desumanização da ação persecutória.

No tocante a questão, temos Augusto Jobim do Amaral enfrentando a celeuma:

Se o poder punitivo é uma força irracional e o direito penal deve dar passagem somente àquela parte dela que menos comprometa a racionalidade do estado de direito, a seleção penal deve ser racional, para compensar até onde puder a violência seletiva irracional da torrente punitiva. É a pluralidade de atitudes, nos mais diversos momentos potencializados no acertamento caso penal, segundo a idéia de salvaguarda a jovem experiência do Estado Constitucional de Direito.(AMARAL, 2008, p. 121-122)

Em momento posterior o autor ainda apresenta a solução de minimização do sofrimento gerado pelo sistema penal, expondo:

Entre destroços humanos e institucionais que ficam pelo caminho do sistema penal, entende-se que, através do ideário de reduzir danos, é possível minimizar o sofrimento produzido pelas mais diversas fontes de arbitrariedade do poder institucional, e se valorizará o que há de vital e construtivo sob a aparência de desumanidade.(AMARAL, 2008, p.123)

Por tais assertivas, é possível compreender que a legitimação do Regime Democrático sustenta por desdobramento lógico a própria validade do Sistema Penal, em ambos os contextos a tortura figura como elemento deslegitimador mitigando pela força e violência as opções de diálogo e de discurso entre os agentes implicados nos meandros da apuração delitiva.

4 – PROVA PROIBIDA VIA TORTURA PERSECUTÓRIA: DIFICULDADES DE CONTRAPOSIÇÃO E IMPUNIDADES

O Estado ao exercer a persecução penal tem o compromisso constitucional de agir em consonância com Princípio da Legalidade estrita, preservando os direitos e garantias fundamentais do investigado ou do réu, como forma de legitimar o resultado decisório final da demanda penal, em harmonia com o devido processo legal.

Diante desta premissa, todas as atividades investigatórias e instrutórias desempenhadas pelos órgãos persecutórios deverão ser feitas sob a égide da lei, sob pena de se ter um arremedo de ato processual, que a rigor revela uma transgressão da norma legal.

Considerando-se que a coleta de provas no curso da persecução penal é uma atividade oficialmente institucionalizada pelo Princípio Republicano e normativizada pelo ordenamento jurídico, não se pode admitir que a autoridade policial, ou o membro do Ministério Público, e muito menos o Juízo criminal, compactuem com a ruptura do Estado de Direito, admitindo ilicitudes processuais camufladas como se fossem elementos de convicção ou fundamentos de decisões institucionais.

Nesse contexto, cabe a discussão acerca da utilização da tortura persecutória como mecanismo de obtenção de informações supostamente relevantes ao deslinde da lide penal.

É sabido que um dos graves problemas que ainda persistem no Sistema Penal brasileiro, perpassa pelo abuso criminoso do poder investigatório, praticado por agentes persecutórios ligados a atividade de elucidação de crimes.

Por meio de relatos históricos Hélio Bicudo faz a demonstração da ação policial autoritária e criminosa em nosso país, praticada pelo Esquadrão da morte, assim denunciado:

A leitura das sindicâncias revelou que era exata a idéia de que o Esquadrão da Morte, institucionalizou-se na polícia, deixara de obedecer as intenções que tinham aparentemente presidido à sua formação. Se, logo de início, parecia que ele tomava a simpática atitude de defender as pessoas e os bens da população desta cidade, eliminado bandidos, não tardou a impor-se-nos a conclusão de que semelhante instrumento também servia para favorecer quadrilhas. Constituíra-se assim, dentro do Poder Policial, um poder maior e incontrolável, que era usado para fins inconfessáveis e que, livre de peias legais, também poderia vir a ser utilizado para fins políticos. (BICUDO, 1977, p.36-37)

Nesse sentido, a questão ganha maior relevância e gravidade, quando há a evolução do abuso de poder investigatório para delitos de homicídio e de tortura, em que a autoridade inquiridora passa a se valer de métodos ilegais, coativos e desumanos para compelir física ou psicologicamente os investigados e até mesmo as testemunhas a apresentar versões fáticas sem qualquer liberdade ou autonomia de vontade e por vezes completamente destoante da realidade vivenciada. A violência se propaga num ciclo vicioso em que há cada vez mais violações de direitos para legitimar as práticas ilegais anteriores.

Esta realidade fica mais evidente no cerne do Sistema Carcerário, como depõe em seu estudo Pedro Rodolfo Bode de Moraes, nos termos que se seguem:

Não obstante esse aspecto, muitos agentes penitenciários tentam distribuir uma justiça que possa fazer com que a massa carcerária veja os como “responso”, “sujeito homem”, “cara homem” e com base nessa percepção construir uma idéia de autoridade, ainda que nunca para a toda massa e por isso sempre instável. Essa imagem não é construída sem violência física, sem “pau responso”, que será sempre aplicado em algumas circunstâncias, como quando, por exemplo, o preso pular ou tentar agredir ao agente penitenciário também fisicamente. (MORAES, 2005, p. 53)

Note-se que a problemática se apresenta multifacetária, pois além de haver uma distorção do instrumento investigatório que é conduzido ilegalmente e tendente a falhas, injustiças e erros judiciário, tem-se também a grave ofensa a dignidade da pessoa humana torturada e o embrutecimento do ambiente institucional de trabalho em que se desenvolve a ação persecutória.

Tal realidade é constatada em sólido estudo sociológico desenvolvido por Maria Gorete Marques de Jesus, que expõe suas conclusões acerca dos desfechos de impunidade dos processos que punem crime de tortura persecutória, no seguinte sentido:

Outro dado importante para entender os fatores relevantes para os desfechos processuais diz respeito ao órgão responsável pela investigação. Os crimes cometidos por policiais civis são investigados pelas próprias delegacias onde os fatos criminosos ocorreram. Esse é um dado relevante, principalmente porque a tradição inquisitorial brasileira traz como rotina o uso da tortura pelos policiais civis, como já indicou Kant de Lima (1989). Neste momento o caso ainda não é tornado público, as investigações ocorreram sem direito ao contraditório. Sendo assim, a probabilidade de haver testemunha que ateste uma alegada tortura a que tenha sido submetido um suspeito é quase nula senão completamente inexistente. Soma-se a isto o fato de que, quando a vítima diz que foi submetida à tortura para confessar um determinado crime, muitos juízes acreditam que ela o faça para suavizar as acusações da quais é alvo. Como não há testemunha que ateste a tortura alegada pela vítima, muitos casos nem chegam a prosperar. Como quem tortura é, também, o responsável pela investigação da sua prática, não há efetivamente a apuração do crime. (JESUS, 2010, p.170-171)

O contexto social e fático em que normalmente se realizam as práticas de tortura conduz a um estado de impunidade, que recai inclusive na dificuldade que tem o torturado de comprovar que as provas hauridas nos autos contra ele advieram de práticas de tortura.

Sendo assim, o torturado passa a ser duplamente penalizado, pois além de ter sofrido a tortura subjugam-se também a uma condenação injusta não tendo condições de combater a verdade processual forjada pelos torturadores que têm a seu favor o escudo da fé pública gerando a presunção de veracidade e de legitimidade de seus atos estatais, ainda que injustos e desumanos

Utilizam-se os torturadores como regra o instituto da confissão espontânea para a legitimação das informações obtidas nas sessões de tortura e todos os horrores ficam encobertos pelo manto de uma mera legalidade formal ou aparente, frise-se, visando escamotear crimes perpetrados e forjar provas que sabidamente não existiriam se a legalidade substancial e a dignidade da pessoa humana fossem efetivamente respeitadas.

5 – MEDIDAS JUDICIAIS DE PREVENÇÃO E COMBATE A TORTURA

Considerando a grave realidade sócio-política brasileira, em que certas instâncias do poder estatal institucionalizado exercem suas funções administrativas em franca inobservância aos preceitos legais, com violência e abusos aos direitos fundamentais e afronta a dignidade da pessoa humana, caberá ao Poder Judiciário a árdua tarefa de prevenção e resguardo do cidadão em face destas violações.

Incumbe num Estado Democrático de Direito ao Poder Judiciário a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais. Seguindo a mesma orientação Jorge Miranda apresenta seus ensinamentos:

O eficaz funcionamento e o constante aperfeiçoamento da tutela jurisdicional dos direitos das pessoas são sinais de civilização jurídica.

Porém, o Estado de Direito acrescenta algo mais, como se sabe: 1º) a reserva de jurisdição dos tribunais, órgãos independentes e imparciais, com igualdade entre as partes, e que decidem com critérios jurídicos; 2º) a possibilidade de os cidadãos se dirigirem ao tribunal para a declaração e efectivação dos seus direitos não só perante outros particulares, mas também perante o Estado e quaisquer entidade públicas.

Por definição, os direitos fundamentais, têm de receber, em Estado de Direito, protecção jurisdicional. Só assim valerão inteiramente como direitos, ainda que em termos e graus diversos consoante sejam direitos, liberdade e garantias ou direitos económicos, sociais e culturais.(MIRANDA, 1999, p.131)

Acrescente-se, que na atual evolução do panorama constitucional do Poder Judiciário, doutrina e jurisprudência pátrias, têm lhe reconhecido a função de ente dotado de aptidão para a transformação social das camadas populacionais mais carentes e excluídas de direitos existenciais básicos. No contexto específico da tortura persecutória, temos as camadas de populações mais pobres que desprovidas de amparo material e jurídico se tornam suscetíveis de violações de direitos fundamentais essenciais, tais como: a integridade física e psicológica, a vida e imagem, sendo proscritos de acesso a uma ordem jurídico-penal justa e digna.

Eduardo Cambi, sobre o Poder Judiciário, dispõe neste contexto:

Em países de modernidade tardia, como o Brasil, onde os direitos fundamentais sociais não foram minimamente concretizados, o papel do Estado, como instituição capaz de promover a efetivação desses direitos, indispensáveis à transformação social, depende da observância rigorosa da Constituição. A expressiva desigualdade social, incapaz de sequer promover eficientemente os direitos fundamentais de primeira geração, exige firmeza do Poder Judiciário no cumprimento das disposições democráticas contidas na Constituição Federal de 1988. (CAMBI, 2010, p.181)

Nessa perspectiva, de ativismo judicial conduzido na tutela jurisdicional dos excluídos, é de se reconhecer o papel de construção de direitos por parte do Poder Judiciário que é chamado não apenas para cumprir a ação de mero aplicador mecânico da lei, mas sim de um coconstrutor dos direitos fundamentais ao lado da Constituição Federal e do legislador. Contudo, essa atuação do magistrado encontra limites no próprio ordenamento jurídico vigente e no Sistema jurídico romano-germânico no qual o Brasil se insere.

Todavia, admitir que a atividade do juízes é criativa não significa reconhecer aos juízes o poder de criar normas de maneira absolutamente livre de impô-las de maneira geral e abstrata. Enquanto as normas criadas pelo legislador são dotadas de generalidade e abstração, na medida em que as leis são válidas para todas as pessoas que se enquadram nas hipóteses definidas, as normas criadas pelo juiz são válidas apenas para as pessoas envolvidas no processo que ele julga. Além disso, enquanto o legislador é vinculado apenas pela Constituição, o juiz é vinculado por todas as normas do direito positivo. (COSTA, 2001, p. 203)

A atividade jurisdicional se revela legítima e eficaz na medida em que se fundamenta na ordem jurídica vigente, de maneira imparcial e neutra, traduzindo justiça ao caso concreto.

Especificamente em sede de prevenção da tortura na investigação criminal, o Poder Judiciário terá condições de coibir ou ao menos dissuadir tais práticas pela fiscalização dos atos investigatórios.

Dispondo sobre o direito processual penal português Germano Marquês da Silva nos inspira no seguinte sentido:

De todas as medidas cautelares e de polícia levadas a cabo pelos órgãos de polícia criminal é obrigatória a elaboração de um relatório em que se descrevem as diligências efectuadas e os resultados obtidos. Este relatório é remetido ao Ministério Público ou ao juiz de instrução, conforme o caso (art. 253.º). (SILVA, 1994, p. 59)

No direito processual penal brasileiro, da mesma forma, as investigações criminais em regra tramitam em varas judiciais sob a constante supervisão judicial, sobretudo, quando se tratar de restrição de direitos e concessões de medidas cautelares na fase persecutória.

Nesse seguimento de idéias, Ricardo Luis Lorenzetti, ilustra a importância da proteção judicial dos direitos fundamentais, com as lições:

Os direitos fundamentais têm gerado um modo autônomo de proteção substantiva e processual. Isso se deve, em primeiro lugar, à consciência de que, para superar seu simples caráter declaratório, é necessário ressaltar os instrumentos para a sua realização efetiva. Da mesma forma, esses direitos estão vinculados a uma urgência existencial do indivíduo, do grupo e da sociedade, pelo que supõe um tempo próprio e distinto daquele contemplado nas formas tradicionais de ação e de proteção substantiva. (LORENZETTI, 2009, p. 142)

Olhando com ótica humanitária constantemente para a investigação criminal, o Poder Judiciário, tem condições ao menos intimidar a ação arbitrária dos agentes persecutórios. Com isso, se busca dignificar a prestação jurisdicional e a tutela de direitos, como defende João Baptista Herkenhoff ao prelecionar:

Que o Direito sirva à pessoa humana, à dignidade da pessoa humana, à construção de uma sociedade mais justa, ao resgate do humanismo num mundo que, sem a nossa consciência e a nossa vigilância, será cada dia mais insípido, frio e desumano. (1997, p. 153)

Além de controlar efetivamente a investigação, e punir severamente os agentes públicos que praticam a tortura com a perda da função pública e com penas privativas de liberdade, cabe primordialmente ao Poder Judiciário, deliberar em sede de tutelas coletivas para viabilizar políticas públicas que moralize os quadros estatais afetos a ação policial visando a eficiência e o respeito ao ser humano. De outra banda, o Poder Judiciário também tem como missão assegurar as camadas menos abastadas educação e cidadania suficientes para que as vítimas de tais atos tenham condições de defender seus próprios direitos.

CONCLUSÃO

Atualmente as práticas de tortura realizadas nos meandros das estruturas estatais ainda perduram e constituem em muitas situações atividade culturalmente corriqueiras e indispensáveis para que o Sistema Penal funcione como mecanismo de opressão social. Aliado a

isso, percebe-se ainda, que os órgãos persecutórios ao praticar atos de tortura não se fundamentam apenas na lógica da obtenção de provas e informações acerca de um crime, mas também justificam tais agressões físicas e morais como meio de realização de justiça privada e antecipada, a pretexto de se presumir que as sanções institucionalizadas pelo Estado de Direito signifiquem penas brandas ou insuficientes para efetivamente se impor justiça.

Diante desse quadro, os agentes torturadores do Estado se arvoram na condição de juízes inquisitoriais se utilizado do sofrimento e da dor humana do investigado para obter a legitimação artificial de fatos e ainda assim praticar justiciamento.

Os meios de combate a grave situação social ocasionada pelas práticas de tortura, devem pautar-se não apenas pela repressão dos agentes torturadores, mas também por intermédio de um aperfeiçoamento nas estruturas de controle interno e externo da atividade policial, com a exclusão de servidores públicos envolvidos em tais atos de violência, dos quadros do serviço essencial de segurança pública.

Ainda se faz necessário, disseminar a cultura da preservação dos direitos humanos nos ambientes institucionais em que se operam as investigações criminais em geral, por meio de cursos e palestras de aperfeiçoamento funcional e educação para o exercício das funções inerentes ao cargo público.

Com isso, haveria um patrocínio da cidadania conferida aos investigados e aos agentes persecutórios e o Poder Judiciário, por seu turno, teria racionalizada a atividade jurisdicional e ficaria menos sobrecarregado de funções e de demandas a serem solucionadas, reservando a sua atuação apenas aos casos mais graves de violações de direitos humanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

AMARAL, Augusto Jobim do. *Violência e processo penal: crítica transdisciplinar sobre a limitação do poder punitivo*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BICUDO, Hélio Pereira, *Meu depoimento sobre o esquadrão da morte*, 4ª Ed. São Paulo: Pontifícia Comissão de Justiça e Paz e São Paulo, 1977.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- CARNELUTTI, Francesco. *As mazelas do processo*. São Paulo: Classic Book, 2000.
- COSTA, Alexandre Araújo. *Introdução ao Direito: Uma perspectiva zetética das ciências jurídicas*. 1º Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.
- DOURADO, Denisart. *Um libelo contra a tortura*. 1 ed. São Paulo: LED Editora de Direitos Ltda, 2004.
- HERKENHOFF, João Batista. *O direito processual e o resgate do humanismo*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Thex Editora, 1997.
- JESUS, Maria Gorete Marques de. *O Crime de Tortura e a Justiça Criminal: um estudo dos processos de tortura na cidade de São Paulo*. 1 ed. São Paulo: IBCCRIM, 2010.
- KIST, Dário José. *Tortura da Legalidade para Ilegalidade*. 1 ed. Porto Alegre: Memória Jurídica Editora, 2002.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. 1º Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais introdução geral: Apontamentos das Aulas*. Lisboa: Editado pela Universidade de Lisboa, 1999.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 1º Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- OTERO, Paulo. *Direito Constitucional Português: Identidade Constitucional*. Lisboa: Almedina, 2010, vol. 1.
- PEDROSO, Regina Célia. *Os signos da opressão: histórias e violência nas prisões brasileiras*, 1ª Ed. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2003, vol. 5
- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revam, 2004.
- SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal*. 1ª Ed. Lisboa: Verbo Editorial, 1994, vol. 3.
- SILVA, Jorge. *Controle da Criminalidade e Segurança Pública: Na Nova Ordem Constitucional*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.
- SILVA, José Geraldo da. *A Lei de Tortura Interpretada*, 1ª Ed. São Paulo: LED Editora de Direito Ltda, 1997.
- SZNICK, Valdir. *Tortura*. 1 ed. São Paulo: Leud Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda, 1998

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.