

TORTURA: DO CRIME À INSTITUCIONALIZAÇÃO NO SISTEMA PENAL SUBTERRÂNEO BRASILEIRO

Mariana Elizabete de Melo Gomes¹

Sandresson Menezes Lopes²

RESUMO

Analisa-se a existência da prática tortura desde a formação do Brasil, partindo para o exame do ordenamento jurídico pátrio de vedação tal ato como crime, contrapondo com a sua institucionalização ilegítima no âmbito do Sistema Penal Subterrâneo Brasileiro, constatando que é promovida pelas agências executivas do Estado, notadamente pelos agentes públicos que compõem as agências policiais, penitenciárias e judiciais. Este trabalho trata-se de um artigo científico original que fundamenta sua abordagem no método dialético e o seu procedimento nos métodos histórico, comparativo e estatístico, bem como faz uso de fontes documentais, legislativas e bibliográficas como técnicas de pesquisa.

Palavras-Chave: Tortura. Institucionalização. Sistema Penal Subterrâneo. Agências Executivas. Agentes Públicos.

TORTURE: FROM THE CRIME TO ITS INSTITUTIONALIZATION AT THE BRAZILIAN UNDERGROUND PENAL SYSTEM

ABSTRACT

It aims to analyse the torture in Brazil from its formation to nowadays, studying the current Brazilian Legal System that see torture as a crime, and comparing with its institutionalization at the Brazilian Underground Penal System this paper also examines how the Brazilian legal order ignores this practice, institutionalizing it illegitimately in front of the Brazilian underground penal system. This institutionalizing is practiced by the executive agency, like police agencies, penitentiary, judicial agencies. This work is a original paper which bases its methodology on dialectic methods, its procedure is based on historic, comparative and statistic methodologies, and it also calls references from Brazilian Constitution, documents and academic thesis.

Keywords: Torture. Institutionalization. Underground Penal System. Executive Agencies. Statute. Agents Publics.

¹ Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: mariana.melog@hotmail.com.

² Professor orientador do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: sandresson1@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A tortura, palavra derivada do latim *tortura*, consiste, no seu sentido etimológico, no ato de torcer, deformar, igualmente constitui-se como tormento. Em outras palavras, a tortura é considerada um ato cruel, desumano, violento e degradante, utilizado por indivíduos contra seus semelhantes, motivado pelos mais variados fins.

Tal ato percorreu todo processo de formação do Brasil, por vezes sendo utilizada como forma para submeter uma classe desfavorecida aos costumes e regras estabelecidas por outros, como ocorreu no período de colonização do país, do mesmo modo que foi institucionalizada como forma de punição e meio para adquirir confissão de presos políticos na vigência da Ditadura Militar. Essa existência e utilização da tortura submeteu muitos indivíduos às mais variadas formas de tratamentos cruéis e degradantes, fazendo com que marcas fossem deixadas na história do país.

Porém, com o advento de normas que estabeleciam o respeito à dignidade da pessoa humana, tal como determinado pela Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada à luz do período de redemocratização do país, surgiram novas perspectivas quanto ao uso da tortura, que passava a ser permanentemente vedado. Desta forma constituiu-se como um dos direitos e garantias fundamentais elencados no texto constitucional.

Contudo, em que pese a existência de um ordenamento jurídico de vedação à tortura, esta que não se limitou ao que restou estabelecido na Lei Maior, mas materializou-se com a ratificação de convenções internacionais, bem como com a elaboração de um tipo penal específico que incrimina a conduta, a tortura subsiste hodiernamente como pena institucionalizada no âmbito do Sistema Penal Subterrâneo.

É nesse aspecto de institucionalização da tortura que concentra-se o presente artigo, baseando-se no discurso dialético, com o fim de contrapor as vedações presentes no aparato jurídico brasileiro, com a sua institucionalização no âmbito do Sistema Penal Subterrâneo, amplamente perpetrada pelas agências executivas do Estado.

Sendo assim, este trabalho está disposto em quatro tópicos. O primeiro deles limita-se a fazer um breve levantamento histórico da sua existência no país. No segundo tópico é apresentado o ordenamento jurídico de vedação à tortura, mencionando o texto constitucional, as convenções internacionais ratificadas pelo país, a norma específica que incrimina o ato, bem

como posicionamentos doutrinários. Já o terceiro tópico aborda a tortura como ato institucionalizado no âmbito do Sistema Penal Subterrâneo, demonstrando do que se trata tal instituto. Por fim, o quarto tópico concentra-se em reconhecer a institucionalização da tortura perpetrada pelas agências executivas do Estado, por meio de dados e relatos obtidos em relatório de instrumentos processuais, pesquisas e mecanismos nacionais que visam a erradicação da tortura.

2 UM BREVE HISTÓRICO DA TORTURA NO BRASIL

A tortura é um tratamento dotado de crueldade, ódio e covardia praticado por um ser humano contra o seu próximo e, independentemente do motivo que enseja sua prática, merece completo desprezo, não devendo ser tolerada, merecendo completa aversão por parte da sociedade (GRECO, 2016, p. 149).

Apesar de seu caráter cruel e reprovável, a tortura se fez presente no Brasil desde os primeiros anos de sua formação, notadamente pela vigência das Ordenações Filipinas de 1609, aplicadas no país até a entrada em vigor do Código Criminal de 1930, que previam a possibilidade do julgador, diante de indicativos de crimes, determinar atos de tortura contra o acusado pelo delito, com o fim de obter dele a confissão ou informações a respeito de seus comparsas. Depois de todos os atos sofridos, o culpado deveria confessar a prática criminosa e, caso negasse, mais uma vez seria submetido ao suplício (WOLOSZYN, 2010).

Esses atos de tortura eram praticados contra os indígenas que já habitavam as terras brasileiras, contra os negros africanos trazidos ao país para desempenho do trabalho escravo, bem como também eram efetuados contra tantos outros indivíduos, independentemente de suas origens, culpados pelo cometimento de algum tipo de infração penal (GRECO, 2016).

Ocorre que, com o advento da independência do Brasil, foram legitimados dispositivos que vedavam a tortura, tal como foi determinado na primeira Constituição Política do Império do Brasil, art. 179, XIX (BRASIL, 1824): “Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis”. Tais determinações demonstravam ínfimos avanços no tocante ao respeito à dignidade humana, eram ínfimos, pois a prática da tortura subsistiu para os escravos e para os menos favorecidos da sociedade.

Todavia, a pequena e aparente progressão foi seguida por um retrocesso no que diz respeito à existência de leis positivadas que, de forma expressa, vedassem a tortura. Afirma-se

isto, uma vez que, tão logo realizada a Proclamação da República no ano de 1889 e editada uma nova constituição, não foi observada a inserção de normas que expressamente proibissem os atos de suplício, abolindo-se categoricamente apenas as punições de morte e outros tipos de pena, como o banimento judicial. Semelhantemente ocorreu com as seguintes constituições republicanas, inexistindo nelas normas positivadas que coibissem a tortura.

Evidentemente, cada um destes momentos guarda em si marcas que revelam o longo histórico do uso da tortura e da violência no Brasil como conjuntura social, contudo, o país ainda estava para vivenciar um dos períodos mais cruéis e degradantes em relação à integridade e dignidade da pessoa humana: a ditadura militar. Diz-se isto, pois ao passo que são levantados questionamentos e diálogos acerca da tortura, a memória, não só dos habitantes do país, mas também, de todos aqueles que tomaram conhecimento a respeito desse regime autoritário, volta-se, quase que instantaneamente, ao período marcado pela vigência do poder militar.

Nesse momento, compreendido entre os anos de 1964 e 1985, a tortura tinha motivação certa e delimitada, sendo o meio utilizado pelas forças policiais contra os presos políticos que se opunham ao regime vigente à época, sendo submetidos aos mais sérios atos de atrocidade e covardia. Aqui, a tortura não era prática oculta e excepcional, ela era institucionalizada, tornando-se banal e revelando-se como ferramenta eficaz para garantir a permanência de um Estado dotado de ilegalidade, o qual foi construído sem atuação e concordância da população.

Tal período foi marcado pelo uso desmedido e irreparável do suplício, uma vez que, vítimas foram sujeitadas a tratamentos exacerbadamente impiedosos, tratamentos estes que culminaram na morte e desaparecimento de muitos sujeitos. Como já foi dito, estes atos eram praticados pelas forças policiais ou pelo exército, uma vez que imperavam no regime vigente, deixando evidente que normas estabelecidas na época poderiam ser consideradas como letras mortas sem nenhuma eficácia, como exemplo do que foi legislado na Constituição da República Federativa do Brasil, art. 150, §14 (BRASIL, 1967): “Impõe-se a todas autoridades o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário”.

Contudo, em oposição às raízes históricas da tortura no Brasil, bem como à sua suposta permissão, no final do poder do regime militar e, conseqüentemente, na retomada da normalidade democrática, foi promulgada, no dia 5 de outubro de 1988, uma nova Carta Magna, ficando conhecida como a Constituição Cidadã, pois reconheceu como direito fundamental do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana. Assim sendo, práticas que atentassem a integridade do indivíduo passaram a ser inaceitáveis, surgindo então uma expectativa de ruptura com a resistência da prática da tortura no país.

3 O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO DE VEDAÇÃO À TORTURA

São evidentes as raízes históricas do país em relação a prática da tortura, consubstanciando-se em períodos de total abuso e desrespeito à integridade humana, como foi relatado. Todavia, uma vez vencido o período de regime autoritário e, tão logo restabelecida a normalidade democrática, vivenciou-se no país o início do estabelecimento de garantias que visavam o respeito a direitos inerentes a qualquer indivíduo. Ao contrário de tudo que já havia sido experimentado anteriormente, o ordenamento jurídico brasileiro começava a vedar, de forma expressa, qualquer ato atentatório à dignidade do ser humano.

Nesse sentido, a partir da promulgação da nova Carta Magna, com vigência até os dias atuais, a dignidade da pessoa humana constituiu-se como fundamento do Estado Democrático de Direito, tal como ficou estabelecido na Constituição da República Federativa do Brasil, art. 1º, III (BRASIL, 1988).

Do surgimento dessa defesa e respeito à dignidade humana, o ordenamento jurídico brasileiro passou a vedar, de forma expressa e veemente, os atos de tortura praticados contra qualquer indivíduo, independentemente de distinção porventura existente e tal vedação constitui-se como um dos direitos e garantias fundamentais, consoante posto na Constituição Federal, art. 5º, III (BRASIL, 1988):

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

[...]

Logo, diante do que ficou estabelecido com o advento do novo texto constitucional, promulgado à luz da redemocratização, estava claro que, a partir daquele momento, o ordenamento jurídico brasileiro, notadamente a Lei Maior do país, passava a proibir terminantemente qualquer ato de tortura e outros tratamentos degradantes e vexatórios à integridade inerente a todo indivíduo, independentemente de situação ou caso apresentado, como forma de respeito e cumprimento do fundamento da dignidade da pessoa humana. Tal vedação perdura até hoje, como bem sintetiza Greco (2016, p. 179):

Com essa previsão no texto constitucional, no Brasil, encontra-se absolutamente vedado o uso da tortura, não existindo qualquer tipo de justificativa que venha a ampará-la, independentemente da situação fática que se apresente. Não se tolera, portanto, o uso da tortura.

Contudo, o combate e a vedação à tortura não se limitaram ao que estava ordenado na Constituição, uma vez que o país passou a ratificar tratados e convenções de âmbito internacional, todos que acompanham o mesmo sentido de busca pelo respeito aos direitos e liberdades inerentes ao indivíduo. Sendo assim, no dia 09 de novembro de 1989 o Brasil ratificou a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, da Organização dos Estados Americanos. Uma vez ratificando os termos de tal convenção, o Brasil reafirmava o quanto é absoluta a impraticabilidade da tortura, até mesmo diante de casos que possivelmente ensejariam o seu uso. Afirmar-se isso com base na referida Convenção, art. 5:

Não se invocará nem admitirá como justificativa do delito de tortura a existência de circunstâncias tais como o estado de guerra, a ameaça de guerra, o estado de sítio ou de emergência, a comoção ou conflito interno, a suspensão das garantias constitucionais, a instabilidade política interna, ou outras emergências ou calamidades públicas. Nem a periculosidade do detido ou condenado, nem a insegurança do estabelecimento carcerário ou penitenciário podem justificar a tortura.

Porém, além do que já havia sido determinado no texto constitucional, bem como, pela ratificação da mencionada convenção, o Brasil, por meio do Decreto nº 40, datado de 15 de fevereiro de 1991, ratificou a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, de 10 de dezembro de 1984, da Organização das Nações Unidas (ONU) que, sendo abrangente sobre os condutas que configuram o ato e as suas finalidades, mas restritiva em relação a condição do sujeito, conceituou a tortura em seu art. 1º:

Para os 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 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 o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.

Além de toda proibição, o texto constitucional preocupou-se em estabelecer como crime a prática da tortura, afirmando que assim a lei a consideraria, bem como estabeleceu que para tal crime não é possível a concessão de fiança, assim como a graça ou anistia, nos moldes do art. 5º, XLIII, da Constituição Federal de 1988. Todavia, apesar de todo o aparato jurídico já existente o país ainda não dispunha à época de qualquer tipo incriminador que especificasse a tortura, propiciando a cominação de penas aos sujeitos ativos da conduta.

Diante dessa ausência, há 20 anos, exatamente no dia 7 de abril de 1997, foi promulgada no país a Lei n.º 9.455 que passou a definir, em âmbito nacional, os crimes de tortura, concedendo providências necessárias. Com o seu advento, o Brasil passava a dispor de legislação específica incriminadora da prática da tortura, concedendo, entre outras coisas, a cominação de penas para os possíveis agentes do delito.

Todavia, a lei promulgada fez menção apenas ao seu objeto material, às formas de execução, aos possíveis fins e o ânimo do agente, sendo omissa quanto ao possível autor do delito, incriminando-o independentemente de sua natureza. Agindo assim, conota-se que a lei caminhava em sentido contrário aos tratados e convenções confirmados, estes que foram claros quanto a especificidade da natureza do responsável pelo ato de tortura.

Embora pareça contradição do legislador por não fazer menção a um sujeito ativo específico, assim como fez os tratados e convenções confirmados pelo Brasil, a possibilidade de assim fazer é confirmada na própria Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, no art. 1º: “Este artigo não prejudicará qualquer instrumento internacional ou lei nacional que contenha ou possa conter disposições de maior alcance”. Logo, entende-se que o fato da Lei 9.455/97 mostrar-se mais abrangente no sentido de identificar o agente, não configura afronta aos documentos internacionais confirmados.

De toda forma, a promulgação da lei específica para o crime de tortura findou por reafirmar o objetivo constitucional, aqui, já tão mencionado: o respeito ao fundamento da dignidade da pessoa humana, sendo, portanto, o bem protegido pela lei, conforme mencionado por Coimbra (2008 apud GRECO, 2016, p. 182):

O bem protegido, nos tipos em exame, é a dignidade humana, que constitui indubitavelmente um dos pilares básicos, se não o principal, da promoção dos direitos humanos.

Embora na criminalização da tortura se tutelem outros valores, como a integridade física e mental do indivíduo e, até mesmo, a sua própria vida, verifica-se que os aludidos valores estão contidos no próprio conteúdo de dignidade humana. Não se pode olvidar que, para o bem jurídico poder cumprir sua função sistemática, é necessário, quando possível, pinçar-se,

dentre os valores protegidos, aquele proeminente, que, no caso, é a dignidade humana.

Diante disso, percebe-se que para a vedação e o combate a tortura muito foi feito, tanto no âmbito político, quanto no âmbito jurídico, uma vez que a Constituição proibiu tal ato, tratados e convenções internacionais foram ratificados, bem como o legislador preocupou-se com a elaboração de uma tipificação específica, podendo, então, afirmar que tais feitos configuram uma conquista de viés humanitário, pela qual direitos e garantias inerentes ao indivíduo passariam, ou ao menos deveriam, ser considerados e respeitados.

4 INSTITUCIONALIZAÇÃO EM UM SISTEMA SUBTERRÂNEO

Com base em tudo que foi mencionado, entende-se que o país reuniu esforços e empenhou-se no combate à tortura e outros tratamentos desumanos e degradantes, sem fazer distinção para qualquer indivíduo, como forma de alargar e respeitar os direitos e garantias fundamentais, seguindo então o fundamento da dignidade da pessoa humana, agora previsto no ordenamento jurídico do país.

No entanto, passados alguns anos da promulgação da Carta Constitucional, da ratificação de importantes instrumentos internacionais de vedação à tortura, assim como decorridos exatos vinte anos da elaboração e vigência da Lei 9.455 que incrimina o ato, percebe-se que o cenário fático vai de encontro às expectativas e perspectivas provenientes de todo aparato jurídico e político de confronto à tortura.

Tal afirmação é feita, pois apesar de toda proibição ao ato, os casos são recorrentes, ou até mesmo crescentes no Brasil, notadamente quando as vítimas são supostos sujeitos que praticaram algum ato delituoso, entendendo-se então que o conhecimento das raízes históricas da tortura no país não é por si só suficiente para promover a reflexão na sociedade, avaliando então suas violentas consequências, assim como a legitimação de proibições que incriminam a conduta não é proficiente para erradicá-la.

Embora absolutamente não caiba nenhuma deliberação ou discussão que vise a institucionalização da tortura, tal como foi feito no passado, a sociedade, ou até mesmo os torturadores buscam justificá-la nos crescentes dados de violência no país, que acabam por ocasionar um sentimento de insegurança pública, sendo então considerada a tortura meio hábil

de recompensa aos indivíduos suspeitos de práticas de delitos, o que não é alvo de atenção, tal como afirma Greco (2016, p. 159):

Em países como o Brasil, onde o índice de criminalidade é muito alto, em que a população, nos grandes centros, vive amedrontada, a tortura a presos não é objeto de atenção dos meios de comunicação, tampouco a sociedade se preocupa com eventuais notícias de presos que foram torturados em algum centro carcerário. Na verdade, a sociedade, de forma geral, até se agrada com esse tipo de notícia, uma vez que o ódio contra aquele que praticou o crime é tão grande que a sua tortura parece compensar o mal que infligiu à sociedade.

Diante dessa persistência e de uma suposta justificação por parte da sociedade, cumpre esclarecer de que forma e por quem tal ato é praticado. Conforme mencionado anteriormente, a Lei 9.455 de 1977 recepcionou a tortura como crime comum, ou seja, não informou a natureza específica para o agente da conduta, sendo assim, qualquer pessoa, uma vez cometendo atos de suplício, ou omitindo-se diante deles, pode ser incriminada pelo tipo penal. Todavia, cabe aqui analisar a tortura quando praticada pelo próprio Estado, na pessoa do agente público, pois quando assim ocorre, demonstra-se muito mais complexa, conforme dito na Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar casos de tortura e maus-tratos praticados por agentes públicos (RIBEIRO, 2002, p. 9):

Obviamente, quando a tortura é perpetrada por agentes do Estado, notadamente as autoridades policiais que deveriam garantir a segurança do cidadão, a situação se reveste de complexidade e gravidade ainda maior. Longe de ser evento raro e exemplarmente punido, a prática da tortura é tolerada e considerada ainda um “mal necessário”.

Delimita-se dessa forma, uma vez que, no Brasil, a tortura é um delito perpetrado pelos agentes públicos, notadamente por aqueles que compõem as forças policiais, seja como forma de atuação para obter confissão ou informações, ou como forma de punição, crime este que, em regra geral, resta impune, fazendo vítimas supostos criminosos estigmatizados pela sociedade, conforme documento da Anistia Internacional (2001, p.4, apud GRECO, 2016, p. 159):

Tortura é usada como meio de obter confissões, subjugar, humilhar e controlar pessoas sob detenção, ou, com frequência cada vez maior, extorquir dinheiro ou servir aos interesses criminosos de policiais corruptos. O crime é cometido por agentes do Estado, sobretudo integrantes das forças policiais militar e civil, como por guardas de presídios, ou com a sua conivência ou facilitado devido à falha de sua atuação. Isto ocorre no momento em que é efetuada a prisão, nas delegacias, presídios e centros de recolhimento de jovens. Trata-se, basicamente, de crime que geralmente escapa à punição, seja pelos órgãos

disciplinares internos, seja, o que é mais importante, pela justiça criminal nos termos da lei pertinente. Constitui agravante o fato de que a grande maioria das vítimas é composta de suspeitos criminais de baixa renda, com grau de instrução insuficiente, frequentemente de origem afro-brasileira ou indígena, que compõem um setor da sociedade cujos direitos sempre foram ignorados no Brasil.

Diante dessa comprovação, pode-se entender em que contexto está inserida a tortura atualmente que, embora seja considerada crime e uma autêntica afronta à dignidade e integridade do ser humano, é vista como uma punição, embora ilegítima, imposta, na maioria das vezes por agentes do Estado, como forma de castigo, intimidação ou controle de criminosos, ou ainda como meio de facilitação para a investigação de crimes, obtendo por meio dela confissão e informações.

Essa utilização da tortura por parte dos agentes do Estado, notadamente as forças policiais, configuram uma inobservância da conduta inerente ao cargo que ocupam, pois cabe a eles a promoção da segurança pública e da incolumidade das pessoas, conforme estabelecido na Constituição Federal, art. 144, caput (BRASIL, 1988). Além disso, uma vez agindo de tal maneira, acabam por configurar o cometimento de infrações penais que afrontam a integridade do indivíduo, visto que, como já amplamente discutido anteriormente, o ordenamento jurídico brasileiro acolhe a tortura como crime atentatório à dignidade da pessoa humana.

Agindo de tal forma, os agentes públicos acabam por perpetrar clandestinamente atos infracionais, uma vez que utilizam a tortura como elemento de atuação, embora seja uma conduta criminosa. Essa atitude por parte dos operadores do Estado evidencia um instituto pouco difundido na doutrina clássica, mas plenamente aplicável à realidade fática do país. Esse instituto é o Sistema Penal Subterrâneo que, de forma sintética, pode ser definido pelo conceito apresentado por Vinicius Reis: “O sistema penal subterrâneo é o conjunto de infrações penais praticadas por agentes do Estado, que se constituem como penas clandestinas aplicadas contra supostos autores de infrações penais”.³

É permitido afirmar que esse sistema é denominado como subterrâneo, pois ele propicia a prática de condutas criminosas clandestinas, praticadas em um ambiente oculto, sendo construídas em um lugar pouco perceptível. Logo, entende-se que uma vez analisando o Sistema Penal Subterrâneo, comparando-o à realidade aqui discutida, analisa-se os atos antijurídicos praticados por agentes do Estado, notadamente as práticas de tortura, contra particulares, especialmente os tidos como a parcela criminosa da sociedade.

³ PENAL EM FOCO ON LINE O que é sistema penal subterrâneo? Defensor público e prof. Vinicius Reis, 04 ago. 2014. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Dfurq91vEWs>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

Desse modo, o instituto abrange as ações arbitrárias e antijurídicas das chamadas agências executivas, que acabam por institucionalizar, de forma clandestina e oculta, penas cruéis, tal como é a tortura. Este sistema especial foi pensado originariamente por um dos maiores penalistas latino-americanos, Eugênio Raúl Zaffaroni, (2003, p. 52-53; 69-70, apud FERREIRA, 2012, p. 264) que explicou:

O sistema penal subterrâneo é exercido pelas agências executivas de controle – portanto, pertencentes ao Estado – à margem da lei e de maneira violenta e arbitrária, contando com a participação ativa e passiva em maior ou menor grau, dos demais operadores que compõem o sistema penal (...). O sistema penal subterrâneo institucionaliza pena de morte, desaparecimentos, torturas, sequestros, exploração do jogo, da prostituição, entre outros delitos.

Todavia, para melhor delinear o instituto, fazendo com que seja possível relacioná-lo à realidade do país quanto a permanência de atos de tortura perpetrados por agentes da Administração Pública, é importante descrever o que o penalista entendeu e difundiu, detalhando o que ele entende por sistema penal, bem como no que consistem as agências executivas, perpetradoras dos atos arbitrários.

Sendo assim, inicialmente cabe analisar no que consiste para ele o Sistema Penal, sendo uma associação de agências que atuam no processo de criminalização, ou seja, possuem a prerrogativa de incriminar determinada conduta, podendo então aplicar uma punição, ocorrendo por duas etapas, sendo, respectivamente, uma primária e outra secundária, conforme assinalou Zaffaroni (2002, p. 18): “Por *sistema penal* se entiende el conjunto de agencias que operan la criminalización (primaria y secundaria) o que convergen en la producción de ésta”.

Logo, entende-se que as agências de criminalização que formam o Sistema Penal consistem nas entidades do Estado que tem por responsabilidade a elaboração de normas penais incriminadoras, bem como os órgãos estatais que resguardam a função de aplicar tais normas aos indivíduos, a depender do caso concreto, como bem entende Vinícius Reis.⁴

Uma vez compreendendo o sistema penal como a união dessas duas agências que promovem a criminalização, cabe diferenciar cada uma delas. A agência primária é a responsável por legalizar um direito penal material, sendo um ato dotado de formalidade, de natureza programática, devendo ser exercido por agências distintas, pelo qual será possível a incriminação ou punição de determinados indivíduos, e personifica-se nas agências políticas,

⁴ PENAL EM FOCO ON LINE O que é sistema penal subterrâneo? Defensor público e prof. Vinícius Reis, 04 ago. 2014. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Dfurq91vEWs>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

notadamente o parlamento e o poder executivo, consoante entendimento de Zaffaroni (2002, p. 7):

[...] *Criminalización primaria es el ato y el efecto de sancionar una ley penal material, que incrimina o permite la punición de ciertas personas. Se trata de um acto formal, fundamentalmente programático, pues cuando se establece que uma acción debe ser penada, se enuncia un programa que debe ser cumplido por agencias diferentes a las que lo formulan. Por lo general, la criminalización primaria la ejercen agencias politicas (parlamento y ejecutivos) [...].*

Dito isso, cabe então examinar a existência das agências primárias, também denominadas de políticas, no contexto do Sistema Penal Brasileiro e, sendo elas as responsáveis pela a elaboração das normas incriminadoras, pode-se afirmar então que no país elas são representadas pelo Poder Legislativo que, em regra, é quem detém o poder de legislar, criando as normas do ordenamento jurídico, estas que incriminam possíveis condutas delituosas praticadas por indivíduos da sociedade.

Uma vez entendido no que consistem as agências primárias ou políticas, cabe entender o significado e atuação das agências responsáveis pela criminalização secundária, também denominadas de agências executivas que, sendo elas as responsáveis pelos atos arbitrários que dão razão a existência da face subterrânea do sistema. Sendo assim, entende-se por agências secundárias, que são subdivididas em policiais, judiciais e penitenciárias, aquelas que possuem a responsabilidade de executar o programa legislativo incriminador imposto pelas agências primárias, segundo posto por Zaffaroni (2002, p. 7): “[...] en tanto que el programa que implican lo deben llevar a cabo las agencias de criminalización secundaria (policías, jueces, agentes penitenciarios)”.

Todavia, não basta apenas conceituar a criminalização secundária e identificar as agências que a realizam, é necessário também detalhar a atuação de cada uma delas. Logo, a agência policial é aquela que tem o primeiro contato com o indivíduo que perpetrou o ato ilícito, devendo então investiga-lo e, se for o caso, submetê-lo a privação de liberdade. Em seguida, o possível criminoso é submetido a atuação da agência judicial que legitimará a ação, ensejando o surgimento de um processo que, caso comprove a existência da prática do delito investigado, motivará a imposição de uma pena privativa de liberdade ao agente do delito, esta que será exercida pela agência penitenciária. Essa seleção penalizadora realizada pelos três entes que compõem a agência executiva também é explicada por Zaffaroni (2002, p. 7):

[...] *la criminalización secundaria es la acción punitiva ejercida sobre personas concretas*, que tiene lugar cuando las agencias policiales detectan a una persona, a la que se atribuye la realización de cierto acto criminalizado primariamente, la investiga, en algunos casos la priva de su libertad ambulatoria, la somete a la agencia judicial, ésta legitima lo actuado, admite un proceso (o sea, el avance de uma serie de actos secretos o públicos para establecer si realmente ha realizado esa acción), se discute públicamente si la ha realizado y, en caso afirmativo, admite la imposición de uma pena de cierta magnitud que, cuando es privativa de la libertad ambulatoria de la persona, es ejecutada por una agencia penitenciaria (prisionización).

Diante dessa explanação é de fácil compreensão o papel das agências secundárias no contexto do Sistema Penal Brasileiro. A primeira delas, ou seja, a policial, consiste, como o próprio nome já conclui, nas forças policiais do país que, em regra, primeiro tomam contato com o suposto autor de um delito e a prática da infração penal. Já a agência judicial, como também a denominação já infere, consiste no Poder Judiciário, aqui entendido como o conjunto de todos os entes que tem a função de apurar, processar e julgar os possíveis casos concretos e, por fim, as agências penitenciárias consistem nos locais onde serão cumpridas as penas de privação de liberdade, bem como nas pessoas que lá exercem suas funções de agentes penitenciários.

Portanto, entendendo que o Sistema Penal engloba a existência desses dois gêneros de agências, compreende-se que a primeira delas é responsável pela legitimação de normas que incriminam condutas possivelmente praticadas por indivíduos da sociedade e a segunda concentra a sua área de atuação na efetivação e cumprimento dessas normas diante de possíveis casos concretos. Todavia, é nesta última atuação, ou seja, no desempenho da função da agência executiva, que o Sistema Penal Subterrâneo se desenvolve, institucionalizando punições violentas e arbitrárias, ficando à margem das leis.

Tal afirmação é feita, pois para cada ente que compõe as agências executivas é concedida certa prerrogativa de atuação como forma de punir possíveis agentes de delito. Porém, no exercício de suas funções, as agências secundárias findam por exercer um controle que fica à margem da lei, mostrando-se arbitrário e violento, tal como afirma Zaffaroni (2002, p. 25): “Todas las agencias ejecutivas ejercen poder punitivo al margen de cualquier legalidad o con marcos legales muy cuestionables, pero siempre fuera del poder jurídico”.

Uma vez entendido no que consiste a atuação das agências executivas quanto a institucionalização de punições tirânicas, o que proporciona a existência de uma face subterrânea do sistema penal, que por muitas vezes é até desconhecida, pode-se reafirmar que o entendimento difundido pelo penalista é absolutamente aplicável à realidade do país.

Como já dito, os atos de tortura são, por muitas vezes, aceitos e vistos como justificáveis, o que acaba por gerar uma persistência no cometimento por partes das forças policiais, seja a militar ou a civil, nos momentos de prisão em flagrante ou em sede inquisitorial, como forme de obter informações, ou ainda com o intuito de punir, tudo como já mencionado, o que acaba por evidenciar a face subterrânea de tal agência executiva. Além disso, a existência da tortura também é fato no âmbito das agências penitenciárias, locais estes ainda mais invisíveis, nos quais os apenados são submetidos aos mais diversos tratamentos desumanos, seja pelas condições dos estabelecimentos, seja por atos praticados pelos agentes que lá desempenham suas funções.

Ademais, a sobrevivência da tortura no sistema subterrâneo também está evidenciada no âmbito das agências judiciais, estas não efetuam como as demais agências, praticando o ato propriamente dito, todavia falham na apuração dos casos e na devida condenação dos agentes, demonstrando que, muito embora seja um ato ilegal, na maioria dos casos ele se torna impune, podendo-se até mesmo falar em um ilegalismo privilegiado, tal como afirma Mendonça Nascimento (2013, p. 14):

Imediatamente, resulta que a tortura é um ilegalismo privilegiado, no sentido que apesar de ferir diretamente as leis em vigor não é devidamente apurada a sua existência e julgados os seus perpetradores, numa rede de aquiescências que vai das agências policiais, penitenciárias, judiciárias, até as de comunicação e que revelam um sistema penal subterrâneo marcado por fortes arbitrariedades e que ceifa e tira a dignidade das vidas.

Perante o exposto entende-se que, embora exista um aparato jurídico de vedação à tortura que não se restringe ao âmbito nacional, mas abrange o firmamento de compromissos de combate a tal ato em esfera internacional, ela sobrevive, sendo institucionalizada como uma sobrepena em um Sistema Penal Subterrâneo, uma vez que é uma punição além daquela estabelecida pelas agências primárias em cada norma incriminadora de condutas, sendo aplicada contra supostos criminosos pelas agências executivas que são compostas por operadores públicos, estes que não observam as recomendações e proibições legislativas.

5 RECONHECIMENTO DE SUA EXISTÊNCIA

Como foi dito, apesar de ser considerada um crime atentatório à dignidade da pessoa humana, absolutamente vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro, a tortura configura-se hoje como uma penalidade imposta aos indivíduos suspeitos do cometimento de algum ato delituoso. Essa imposição é majoritariamente realizada pelas agências executivas que são compostas por operadores públicos, estes que resguardam a responsabilidade de executar as penalidades das normas incriminadoras elaboradas pelas agências primárias.

Essa atuação por parte dos agentes da Administração Pública é desenvolvida de forma clandestina, uma vez que enseja a prática de uma infração penal, institucionalizando, embora de forma ilegítima, a tortura como uma forma de punição além daquela prevista no tipo penal correspondente ao caso concreto, o que enseja a existência do Sistema Penal Subterrâneo.

Sendo então um ato praticado em um ambiente subterrâneo, é compreensível que muitas vezes fuja da percepção da sociedade, bem como da efetiva punição dos seus perpetradores, uma vez que a sua clandestinidade obsta o seu reconhecimento e apuração. Todavia, apesar da aparente dificuldade, instrumentos processuais, mecanismos e projetos são elaborados com o fito de proporcionar maior conhecimento dos casos e estatísticas referentes à prática da tortura, fazendo com que ocorra o reconhecimento de sua existência como uma pena institucionalizada no país pelas agências executivas, pois não é suficiente mencionar sua subsistência, sem que seja reconhecida, visto que o reconhecimento é um avanço para combatê-la.

5.1 Reconhecimento nas agências policiais

Conforme já mencionado, as agências policiais são aquelas que mantem o primeiro contato com o suposto culpado pelo cometimento de uma infração penal, logo são responsáveis pelo início da execução das normas incriminadoras elaboradas pelas agências primárias. Entende-se por primeiro contato o fato dessas agências depararem-se com as situações de flagrantes, ou seja, vislumbram a ocorrência do fato típico tão logo praticado por um indivíduo.

Tais agências, que se materializam nas forças policiais, resguardam a competência de gerir uma fase inquisitorial que faz parte do modelo processual misto aderido pelo país. Essa competência é concretizada na elaboração de um Inquérito Policial, notadamente pela polícia judiciária, no qual constarão os indícios de autoria e materialidade relacionados ao caso concreto investigado. Para tanto, existe um limite de atuação dos operadores que formam as

agências policiais, sejam militares ou civis, no combate ao crime ou no procedimento investigativo.

Essa atuação, em razão do considerável perigo que lhe é inerente, uma vez que tais agentes atuam na área de frente no processo de punição, enseja muitas vezes o uso de medidas que podem ser consideradas violações a um bem jurídico, como ações dotadas de maior violência. Todavia essas atitudes, quando necessárias, devem ser moderadas e, embora configurem-se como um ato violador, não ensejam a ocorrência de crime por parte do agente público, este que assim agindo estará exercendo suas funções em estrito cumprimento do dever legal, tal como ficou estabelecido no Código Penal, art. 23, III. Esse entendimento também é explicado por Sanches Cunha (2016, p. 114):

Estrito cumprimento do dever legal: o agente público, no desempenho de suas atividades, não raras vezes é obrigado, por lei (em sentido amplo), a violar um bem jurídico. Essa intervenção lesiva, dentro de limites aceitáveis, estará justificada pelo estrito cumprimento do dever legal, não se consubstanciando, portanto, em crime (art. 23, III, 1ª parte, do CP).

Porém o que se percebe é que por muitas vezes a atuação dos agentes policiais ultrapassa os limites impostos ao exercício das atribuições a ela inerentes. Sendo assim, práticas como a tortura acabam sendo institucionalizadas e banalizadas no *modus operandi* policial, seja para obter informações relevantes, seja como forma de punição ou até mesmo como uma violência espontânea por parte dos policiais, praticada contra supostos criminosos em locais de difícil percepção. Essa realidade ficou evidenciada no Relatório do Subcomitê de Prevenção da Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, da ONU (2012, p. 16):

O SPT recebeu diversas e consistentes alegações dos entrevistados acerca de tortura e maus-tratos, cometidos, particularmente, pela polícia civil e militar. As alegações incluem ameaças, chutes e socos na cabeça e no corpo, além de golpes com cassetetes. Esses espancamentos aconteceram sob a custódia policial, mas também em ruas, dentro de casas, ou em locais ermos, no momento da prisão. A tortura e os maus-tratos foram descritos como violência gratuita, como forma de punição, para extrair confissões e também como meio de extorsão.

Agindo de tal forma, as forças policiais acabam por ensejar a existência do Sistema Penal Subterrâneo, pois praticam as condutas típicas previstas na Lei n.º 9.455/97, art. 1º, I, a, II (BRASIL, 1997):

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

[...]

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.

Ocorre que, como já foi mencionado, esses atos fogem da percepção e do conhecimento de autoridades e da própria sociedade, obstando o seu combate e as devidas punições dos agentes perpetradores. Sendo assim, surge a necessidade de reconhecimento de tal conduta, reconhecimento este que deve ser entendido como o fato de trazer à tona a existência de tal prática, como forma de preveni-la no âmbito da atuação policial.

Diante dessa necessidade da tomada de conhecimento, é permitido mencionar a criação de Audiência de Custódia como um suposto meio hábil para a detecção dos casos de tortura praticados no âmbito da atuação policial. Essas audiências são instrumentos processuais que obrigam a apresentação do indivíduo preso em flagrante delito à autoridade judicial competente dentro do prazo de vinte e quatro horas, contadas do momento da comunicação do flagrante, conforme estabelecido pelo Conselho Nacional de Justiça, na Resolução nº 213, art. 1º (BRASIL, 2015):

Art. 1º Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.

Esse recente instrumento processual objetiva analisar a legalidade e necessidade de manutenção da prisão, mas também apresenta-se como importante avanço no que diz respeito ao reconhecimento de casos de tortura praticados por policiais na ocasião da prisão em flagrante, pois uma vez sendo apresentado o preso à autoridade judicial, esta deverá indagar-lhe sobre o tratamento a ele concedido, verificando a ocorrência de tortura ou outros maus-tratos, consoante posto na Resolução nº 213, art. 8º, VI (BRASIL, 2015):

Art. 8º Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo:

[...]

VI- perguntar sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando sobre a ocorrência de tortura e maus-tratos e adotando as providências cabíveis;
(...)

Uma vez estabelecido um instrumento processual tal como é a audiência de custódia, é perceptível a colaboração para o desvendamento do âmbito subterrâneo punitivo do sistema penal, pois ele propicia o reconhecimento da persistência da tortura como elemento do *modus operandi* policial. Essa concepção também é mencionada no relatório Audiências de Custódia e prevenção à tortura: análise das práticas institucionais e recomendações de aprimoramento (BRASIL, 2016, p.5):

Ao que tudo indica, as audiências de custódia têm produzido um efeito relevante na prevenção de práticas de tortura nas prisões em flagrante e nas primeiras horas de custódia. Ao colocar luz sobre o momento da prisão e trazer à tona as práticas antes mantidas apenas no ‘sistema penal subterrâneo’, a apresentação da pessoa presa em flagrante ao juiz, defensor e promotor permite uma intervenção mais qualificada do sistema de justiça na tutela dos direitos fundamentais.

Essa colaboração evidencia-se na tomada de conhecimento dos casos e na consequente produção de dados e estatísticas a respeito da realidade da institucionalização da tortura como punição, porém essa contribuição não se mostra efetiva e suficiente, primeiro pelo fato de que os atos aqui tratados desenvolvem-se em local oculto, o que concede razão de ser ao sistema penal subterrâneo, além disso as notícias levadas em sede de audiência de custódia, a respeito de atos de tortura, não gozam de qualidade e aprofundamento, conforme mencionado no relatório Audiências de Custódia e prevenção à tortura: análise das práticas institucionais e recomendações de aprimoramento (BRASIL, 2016b, p. 32): Além disso, pouquíssimas são as informações qualitativas e aprofundadas que as instituições que participam das audiências de custódia têm sobre os casos em que houve denúncia de maus-tratos ou tortura.

Todavia, apesar da dificuldade de produção de dados concretos e exaustivos em relação aos casos de tortura perpetrados na atividade policial, a exigência imposta pela implementação das audiências de custódia, demonstra certo avanço, uma vez que, conforme dados apresentados pelo CNJ, no primeiro ano de funcionamento do instrumento processual, foram registrados 2,7 mil casos de tortura e outros maus-tratos praticados contra pessoas presas em âmbito nacional⁵.

⁵ RN. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Portal do Judiciário. **Audiência de Custódia aponta quase 3 mil casos de tortura, revela presidente do CNJ**. Natal, 03 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.tjrn.jus.br/index.php/comunicacao/noticias/10129-audiencia-de-custodia-aponta-quase-3-mil-casos-de-tortura-revela-presidente-do-cnj>>. Acesso em: 08 nov. 2017.

Somando-se a esse registro, é válido mencionar parte das declarações da Organização das Nações Unidas que em mais uma visita ao país demonstrou preocupação quanto ao uso da tortura na atividade policial, demonstrando, com mais alguns detalhes, tal problemática, evidenciando a necessidade de prevenção, investigação e sanções por parte do Estado, conforme mencionado no Relatório do Subcomitê de Prevenção da Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (ONU, 2016, p. 5):

A polícia no Brasil é utilizada principalmente no âmbito estadual, no qual ela é separada em polícia civil e polícia militar, que atuam de maneira independente. O Subcomitê está muito preocupado com as várias alegações em relação a atos violentos por parte da polícia militar, que realiza patrulhas para manter a ordem pública e prende suspeitos. O SPT entrevistou especificamente diversos detentos que declararam que os oficiais da polícia militar, incluindo os da unidade especializada Ronda Ostensiva Com Apoio de Motocicletas (ROCAM), fizeram uso desproporcional da força ao realizarem prisões: spray de pimenta, balas de borracha, cassetetes, armas de eletrochoque e sacos plásticos na cabeça dos detentos, às vezes por longos períodos. O Subcomitê observa que esses métodos podem constituir tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante e recorda a obrigação, segundo o artigo 11 da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (CAT), de o Estado manter em revisão sistemática os métodos de interrogação e acordos para a custódia e tratamento de pessoas sujeitas a qualquer forma de prisão, detenção ou reclusão, visando impedir a tortura.

Perante o exposto, é possível reconhecer a tortura como elemento do *modus operandi* das agências policiais, apesar da limitação dos detalhes nas informações e denúncias prestadas, justificada pelo fato de que tal ato é praticado de maneira clandestina e encoberta, características inerentes ao Sistema Pena Subterrâneo, do qual a tortura faz parte como uma punição institucionalizada.

5.2 Reconhecimento nas agências penitenciárias

Como já foi explicado, as agências penitenciárias são parte integrante das agências executivas e ela compreende a existência dos agentes penitenciários, bem como os locais onde essas penas incriminadoras serão executadas, consistindo, de forma mais precisa, no Sistema Prisional.

Uma vez integrando as agências executivas, cabe analisar a contribuição das agências penitenciárias para a existência do Sistema Penal Subterrâneo no que consiste na institucionalização da tortura como uma punição aplicada a indivíduos que cumprem penas de privação de liberdade nesses referidos locais.

Em relação a isso, o dispositivo legal nacional incrimina os agentes públicos que submetem pessoas presas a qualquer tipo de sofrimento, seja ele físico ou mental, por meio de métodos que não possuem previsão legal, como também não são decorrentes de uma medida legal. Essa incriminação é estabelecida na Lei 9.455/97, art. 1º, II, §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”.

Sendo assim, sabendo-se que as agências penitenciárias, aqui compreendidas em sistemas e agentes penitenciários, fazem parte das agências executivas pensadas por Zaffaroni, conforme já mencionado anteriormente, assim como constando-se que existe previsão legal específica que criminaliza a tortura quando praticadas nesse âmbito, cabe averiguar o reconhecimento da existência da tortura quanto pena institucionalizada nesse contexto.

Tal reconhecimento é de laboriosa constatação, assim como ocorre no âmbito das agências policiais, pois esses locais não gozam de fácil acesso, nem tampouco de visibilidade pela sociedade e, por muitas vezes, pelas próprias autoridades. Aqui a tortura é perpetrada nos locais de detenção, locais estes estigmatizados, tornando ainda mais evidente o lado subterrâneo do sistema penal, agora evidenciado até mesmo pelo local onde penas arbitrárias, assim como é a tortura, são estabelecidas.

Sendo então de árduo reconhecimento, surge a necessidade de mecanismos que tragam à tona casos de afronta à dignidade da pessoa humana e, nesse sentido, foi promulgada a Lei 12.847, datada de 2 de agosto de 2013. Esse dispositivo legal, que atende ao compromisso internacional assumido pelo país no ano de 2007 com a ratificação do Protocolo Facultativo à Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes da ONU, instituiu o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, sistema este que criou, por consequência, o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura.

Esse Mecanismo, também considerado um órgão de Estado, tem atuação autônoma e a prerrogativa de acesso aos centros de privação de liberdade, com o fim de averiguar atos atentatórios à integridade dos apenados, tal como é a tortura, propiciando então providências para prevenir essa prática no contexto das unidades prisionais, conforme esclarecido pelo próprio mecanismo em seu Relatório Anual 2015-2016 (BRASIL, 2016a, p. 7).

Uma vez possuindo a prerrogativa de acesso aos locais de privação de liberdade, entendidos como espaços de detenção e aprisionamento de criminosos, o Mecanismo realizou visitas a dezessete unidades prisionais espalhados em estados do país e acabou por demonstrar a institucionalização da tortura, em algumas dessas unidades, como uma pena aplicada pelos agentes penitenciários em operações, levando até mesmo a violências físicas irreversíveis, tal como foi mencionado no Relatório Anual 2015-2016 (BRASIL, 2016a, p. 33):

Tais operações geralmente eram marcadas por graves violações de direitos, ocasionando práticas de tortura e maus tratos contra as pessoas privadas de liberdade. Fica evidente, pois, que essas ações estavam muito distantes do apregoado em normativas nacionais e internacionais sobre o assunto. Os agentes de segurança lançavam bombas de gás e sprays de pimenta dentro das galerias cheias de pessoas, utilizavam balas de borracha, faziam os presos retirarem suas roupas; em algumas circunstâncias, os privados de liberdade tinham de sentar apenas de cueca nos pátios das unidades no chão quente, e as pessoas eram agredidas física e verbalmente. Vários presos, em alguns estados, mencionaram ter ficado com sequelas físicas, tais como cegueira e queimaduras, ocasionadas pela ação dos agentes de segurança nessas operações.

Relatos como esse evidenciam o estabelecimento da tortura praticada no âmbito das agências penitenciárias de forma clandestina e oculta, características estas que se agravam ainda mais pelo fato de que tais condutas por muitas vezes não são vistas, pois as vítimas desses tratamentos são proibidas e coagidas a não denunciarem, uma vez que estão sob a custódia dos próprios torturadores, como também não existe um empenho para a documentação e investigação de tais casos. A respeito disso o Subcomitê de Prevenção da Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes da ONU, ao visitar o país mencionou em seu relatório (ONU, 2016, p. 10):

O Subcomitê observou que os detentos normalmente são dissuadidos de se queixarem de tortura e maus-tratos devido ao medo de represálias. O Subcomitê constatou que havia uma atmosfera geral de intimidação e repressão nos locais de detenção visitados.

[...]

Após examinar registros relevantes na maioria dos locais de detenção visitados, o Subcomitê está muito preocupado com a ausência de um esforço consistente para documentar e investigar as alegações de tortura em prisões.

Perante isso, apesar da debilidade de dados e estatísticas que comprovem os atos de tortura nesse âmbito das agências executivas, o que acaba por evidenciar o Sistema Penal Subterrâneo, é possível reconhecer, com base nos relatos acima mencionados, que a tortura

também é estabelecida como uma pena clandestina no contexto das agências penitenciárias, perpetrada por operadores públicos em inobservância ao ordenamento jurídico brasileiro.

5.3 Reconhecimento nas agências judiciais

Antes de proceder com o reconhecimento no âmbito das agências judiciais, cabe analisar que, conforme já mencionado, tais agências não se resumem apenas aos juízes, mas ao conjunto de autoridades que detém a responsabilidade de apurar, investigar, julgar e promover a punição dos agentes perpetradores da tortura. Além disso, como também já foi mencionado, as agências aqui analisadas não procedem com o uso da tortura propriamente dita, mas contribuem para a sua existência quando se omitem em realizar o dever a elas inerente, qual seja, condenar os responsáveis pela tortura, podendo então evitá-la.

A respeito dessa função que lhes é referente, ou seja, investigar e prevenir a tortura, a Lei 9.455/97 incrimina os agentes que se omitem da responsabilidade que possuem diante dos casos concretos. Para melhor delinear essa conduta, cabe mencionar o que ficou estabelecido no dispositivo legal, art. 1º, II, §2º (BRASIL, 1997): “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”.

Todavia, como ocorre no âmbito das demais agências, averiguar essa omissão é atividade árdua, pois não existem mecanismos próprios para isso. Sendo assim, faz-se necessário que sejam realizadas pesquisas que, apesar de não serem exaustivas no sentido de analisar a totalidade da atuação judicial na esfera nacional, demonstram a inércia das agências judiciais para a devida apuração e vedação à tortura. Nesse contexto, cabe analisar o relatório Tortura em Tempos de Encarceramento em Massa, produzido pela Pastoral Carcerária Nacional, pelo qual foram analisados 105 casos denunciados em vários Estados do país⁶.

Conforme os dados, a atuação do judiciário mostrou-se desejosa diante dos casos denunciados, uma vez que em grande parte deles deixou de tomar medidas necessárias para a apuração e, conseqüentemente para a condenação dos agentes. Para melhor exemplificar essa

⁶ PASTORAL CARCERÁRIA NACIONAL. **Relatório sobre tortura: uma experiência de monitoramento dos locais de detenção para prevenção da tortura**. São Paulo, 2016. Disponível em: <http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/10/Relatorio_tortura_revisado1.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2017.

omissão, cabe mencionar os dados presentes no referido relatório (PASTORAL CARCERÁRIA NACIONAL, 2016, p. 88):

Em relação à atuação do Judiciário nos casos denunciados, nas 31 situações em que a instituição foi notificada pela Pastoral Carcerária, em 23 casos (74% delas) os magistrados deixaram de adotar medidas essenciais para a apuração da demanda e/ou não atuaram com a devida celeridade, em seis casos (quase 20%) não foi adotada ou informada qualquer providência e em apenas dois casos a atuação foi adequada.

Além da exígua atuação do judiciário, ele demonstrou colaboração para a continuidade dos atos de tortura quando deixou de promover o andamento das denúncias, muito embora as outras instituições envolvidas tenham demonstrado eficiente trabalho, no sentido de produção de provas, assim como também foi informado no relatório Tortura em tempos de encarceramento em massa (PASTORAL CARCERÁRIA NACIONAL, 2016, p. 89-90):

Mesmo quando a atuação das demais instituições envolvidas foi satisfatória, e abundavam indícios de autoria e materialidade da prática de tortura ou outros crimes correlatos, o Judiciário, em regra, operou ou contribuiu de forma decisiva para que os casos não fossem levados adiante.

Já em relação a atuação do Ministério Público diante de tais denúncias, o órgão, assim como o judiciário, mostrou-se omissos em relação às atribuições a ele inerentes, visto que não patrocinou medidas cruciais para a investigação dos fatos pelos quais foi notificado, bem como agiu com morosidade, dificultando a apuração dos casos. Essa defeituosa atuação do órgão ministerial também foi mencionada no relatório (PASTORAL CARCERÁRIA NACIONAL, 2016, p. 90):

Sobre a atuação do Ministério Público, de um total de 51 casos em que a instituição foi notificada, em 44% (86% dos casos) deixou de adotar medidas essenciais para a apuração dos fatos e/ou não atuou com a devida celeridade, em seis casos (11% do total) nada foi feito ou informado e em apenas uma situação a atuação do Ministério Público foi considerada adequada.

Por fim, a Defensoria Pública, embora que de forma proporcional, demonstrou uma maior quantidade de atuações consideradas positivas, tal como informado no relatório Tortura em tempos de encarceramento (2016, p. 93). Todavia a instituição, a quem cabe a defesa das vítimas, goza de falhas também presentes nas outras instituições do sistema judicial, como a morosidade, bem como toma iniciativas que vão de encontro à função que lhe é inerente, pondo

em risco a integridade e dignidade dos indivíduos que por ela devem ser defendidos, uma vez que deixou a cargo da própria direção dos estabelecimentos prisionais a oitiva das vítimas. Essa realidade da instituição é retratada no referido relatório (PASTORAL CARCERÁRIA NACIONAL, 2016, p. 93):

A Defensoria compartilha muito dos vícios das demais instituições do sistema de justiça, no que tange à morosidade para a realização de diligências básicas, à falta de contato com a realidade prisional, e à imperícia ou falta de interesse para manejar os protocolos e manuais nacionais e internacionais que tratam da investigação e documentação de casos de tortura.

Assim como o Ministério Público e Judiciário, em diversos casos a Defensoria solicitou à própria Administração Penitenciária que realizasse a oitiva da vítima, mesmo quando os acusados eram agentes prisionais, colocando em risco a integridade física da pessoa presa e prejudicando as possibilidades de apuração do fato.

Por consequência dessa omissão investigativa por parte das agências judiciais, os casos de tortura tornam-se impunes, fazendo com que apenas 0,06% da população carcerária do Brasil esteja cumprindo penas previstas na Lei 9.455/97, muito embora o país seja conhecido em todo mundo pela permanência de tal prática, conforme relatado por Toscano dos Santos Júnior (2017, p. 73).

Essa omissão nas investigações e responsabilização dos perpetradores também foi alvo de atenção na visita ao país realizada pelo Subcomitê de Prevenção da Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, da ONU, afirmando inclusive que essa ausência de atuação investigativa é um estímulo à cultura da violência, à escassez da credibilidade do Estado, o que dificulta a ressocialização dos detentos à sociedade, conforme mencionado no relatório produzido (ONU, 2016, p. 10).

Diante disso constata-se que, muito embora as agências judiciais não sejam perpetradoras diretas dos atos de tortura, elas contribuem para a sua permanência no âmbito do Sistema Penal Subterrâneo quando deixam de apurar os fatos e punir devidamente os agentes do Estado que comentem tal infração penal de forma clandestina e oculta.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É evidente que o Brasil despendeu esforços na vedação e combate à tortura, notadamente a partir do período de retomada da normalidade democrática, amplamente demonstrados pelo estabelecimento de tal proibição como um dos direitos e garantias fundamentais elencados no texto constitucional promulgado à época. Esse posicionamento pátrio foi de encontro a todas as experiências já vivenciadas no país, que guardava em suas raízes a prática da tortura, levando muitos indivíduos a excessivos e cruéis tratamentos.

Todavia, diante do que foi apresentado, é possível compreender que apesar de todo aparato jurídico, bem como os compromissos firmados em âmbito internacional, todos que convergem para o combate à tortura, esta continua sendo elemento da realidade do país. Essa compreensão é alcançada a partir do momento em que é feita a contraposição entre o entendimento consagrado do ordenamento jurídico brasileiro, que prega a vedação do ato já mencionado, com a concepção estabelecida pelo Sistema Penal Subterrâneo, que institucionaliza, de forma ilegítima e clandestina, penas arbitrárias e violentas, tal como é a tortura.

Essa institucionalização da tortura não é de fácil reconhecimento, uma vez que ela se desenvolve em um plano de difícil constatação e pouca visibilidade, como o termo subterrâneo já infere. Contudo, por meio de relatos e dados provenientes de instrumentos processuais, pesquisas e mecanismos nacionais, embora não exaustivos, foi possível reconhecer a subsistência da tortura no país, notadamente no contexto das agências executivas do Estado.

Assim sendo, restou reconhecido o estabelecimento ilegítimo da tortura nas agências policiais, que envolve a atuação das polícias militar e civil, como forma de punição perpetrada contra supostos criminosos no momento da prisão em flagrante, bem como em sede inquisitorial, como meio hábil para adquirir informações e confissões de delitos. Esse reconhecimento foi propiciado pela existência de relatórios referentes às Audiências de Custódia, que constitui-se como instrumento processual, pelo qual é possível trazer à tona ilegalidades, como a tortura, perpetradas na atuação policial que antes estavam muito mais imersas em um domínio desconhecido.

Já em relação às agências penitenciárias, que abrangem o local onde as penas de privação de liberdade são cumpridas, bem como os agentes penitenciários que lá exercem suas funções, foi mencionado que a institucionalização de tal ato é ainda mais difícil de ser reconhecida, pelo fato desses locais gozarem de pouca visibilidade e acesso. Porém, a partir de mecanismos de prevenção e combate à tortura, foi possível alcançar relatos e dados que comprovam a existência do estabelecimento de atos cruéis e degradantes praticados pelos agentes públicos contra os indivíduos que lá estão cumprindo penas privativas de liberdade.

Por fim, no que tange a institucionalização da tortura no âmbito das agências judiciais, verificou-se que estas não são agentes que perpetram tal ato de forma direta, assim como ocorre nas demais agências mencionadas anteriormente, mas contribuem para a sua existência ao passo que se omitem e negligenciam diante das atribuições a elas inerentes, sejam elas as funções de apurar, processar ou julgar os perpetradores da tortura. Dessa forma, o suplício passa a ser um crime impune, notadamente quando praticado por agentes públicos, contribuindo assim para o seu estabelecimento no domínio subterrâneo do sistema penal punitivo.

Diante de tudo que foi explanado, entende-se que o ordenamento jurídico brasileiro de vedação e combate a tortura existe concomitantemente ao Sistema Penal Subterrâneo, este que mostra-se contraditório às proibições estabelecidas, notadamente aquelas previstas no texto constitucional, na Lei 9.455/97 e nas convenções ratificadas, uma vez que institucionaliza a tortura na atuação das agências públicas, institucionalização esta que concede caráter de punição e atuação ao que é considerado crime.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução nº 213 de 15 de dezembro de 2015**. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 09 de nov. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Relatório 2015-2016**. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/06/4b63892a5643662be57c9faf221ac9d0.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2017.

_____. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro: Conselho de Estado, 1824.

_____. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Congresso Nacional, 1967.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. **Decreto nº 40 de 15 de fevereiro de 1991.** Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Diário Oficial da União. Brasília 18 de fev. de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm>. Acesso em: 07 nov. 2017.

_____. **Decreto nº 98.386 de 9 de dez. de 1989.** Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D98386.htm>. Acesso em: 07 nov. 2017.

_____. **Decreto-Lei nº 2.484 de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 07 nov. 2017.

FERREIRA, Kenneson Lima. O Controle Social Localizado Exercido Pela Polícia Como Ponto de Partida para a Seletividade da Criminalização Secundária. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, Franca, v.1, n.1, p. 245-271, dez. 2012. Disponível em <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III/21.pdf>> . Acesso em: 24 set. 2017.

_____. **Lei nº 9.455 de 7 de abril de 1977.** Define os crimes de tortura e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 08 de abr. de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9455.htm>. Acesso em: 07 nov. 2017.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Audiências de Custódia e prevenção à tortura:** análise das práticas institucionais e recomendações de aprimoramento Secretaria de Educação Especial. Paula R. Ballesteros. Brasília: Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, 2016. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/audiencias-de-custodia-e-prevencao-a-tortura-analise-das-praticas-institucionais-e-recomendacoes-de-aprimoramento-1-correto.pdf>>. Acesso em: 07 nov. 2017

CUNHA, Rogério Sanches. **Código Penal para concursos.** 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

GRECO, Rogério. **Leis penais especiais comentadas:** Crimes hediondos e tortura. 1. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

NASCIMENTO, Lucas Marcello Mendonça Nascimento. **Tortura Carcerária:** sobrepena do sistema penal brasileiro subterrâneo. 2013. 75 f. Dissertação (Mestrado em Direito) –

Concentração de Jurisdição e Direitos Humanos, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2013.

ONU. Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. **Relatório sobre a visita ao Brasil do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes**, 08 fev. 2012.

Disponível em: <https://nacoesunidas.org/img/2012/07/relatorio_SPT_2012.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2017.

_____. Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. **Visita ao Brasil realizada de 19 a 30 de outubro: observações e recomendações ao Estado parte**, 24 nov. 2016. Disponível em:

<<http://www.mdh.gov.br/noticias/pdf/sedh-divulga-iii-relatorio-brasileiro-ao-mecanismo-de-revisao-periodica-universal-do-conselho-de-direitos-humanos-das-nacoes-unidas>>. Acesso em: 08 nov. 2017.

PASTORAL CARCERÁRIA NACIONAL. **Relatório sobre tortura**: uma experiência de monitoramento dos locais de detenção para prevenção da tortura. São Paulo, 2016. Disponível em: <http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/10/Relatorio_tortura_revisado1.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2017.

PENAL EM FOCO ON LINE O que é sistema penal subterrâneo? Defensor público e prof. Vinícius Reis, 04 ago. 2014. Disponível em:

<<https://www.youtube.com/watch?v=Dfurq91vEWs>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

RIBEIRO, Helenildo. **Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar casos de tortura e maus-tratos praticados por agentes públicos**. Brasília: 19 dez. 2002. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/51-legislatura/cpitortu/relatoriofinal.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2017.

RN. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Portal do Judiciário. **Audiência de Custódia aponta quase 3 mil casos de tortura, revela presidente do CNJ**. Natal, 03 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.tjrn.jus.br/index.php/comunicacao/noticias/10129-audiencia-de-custodia-aponta-quase-3-mil-casos-de-tortura-revela-presidente-do-cnj>>. Acesso em: 08 nov. 2017.

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. **A guerra ao crime e os crimes da Guerra**. Direitos Humanos e Sistema de Justiça Criminal Periféricos. 2. ed. Santa Catarina: Empório do Direito, 2017.

WOLOSZYN, André Luís. O crime de tortura na história e sua evolução no Direito Penal Brasileiro. **Revista do Ministério Público (Rio Grande do Sul)**, Porto Alegre, n. 51, p. 209-218, ago./dez, 2010. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1274205323.pdf>. Acesso em: 19 set. 2017.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Derecho Penal: Parte General**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/16206128/derecho-penal---parte-general---zaffaroni-eugenio-raul-->> . Acesso em 25 set. 2017.